



Sp.Col.  
297.577  
S1321







فَ  
مدى استعمال حقوق الزوجية  
وَمَا تَبْقِيَةٌ بِلَى  
في الشريعة الإسلامية والقانون المصري الحديث

---

( دراسة في نظرية سوء استعمال الحقوق )

تأليف  
السَّيِّدُ مُصْطَفَى السَّيِّدُ  
دكتور في القانون  
وكيل النائب العمومي بنبابة الاستئناف

---

مع مقدمة بقلم  
مضرة صاحب العزة الأستاذ أحمد إبراهيم بك  
وكيل كلية الحقوق

---



## مقدمة

بقلم ماهرة صائب العزة الاستاذ الشيخ احمد ابراهيم بك

وكيل كلية الحقوق بالجامعة المصرية وأستاذ الشريعة الاسلامية بها

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلوات الله وسلامه على جميع الانبياء والمرسلين وعباد الله المخلصين  
المصلحين .

وبعد فهذه كلمة موجزة رأيت أن أقدم بها الى رجال الفقه والقانون  
رسالة ولدنا الدكتور السعيد مصطفى السعيد .

( ١ ) رفع الاسلام من شأن المرأة حتى وضعها في المكانة اللائقة بكرامتها  
الانسانية . وسوى بينها وبين المرء أخيها في الاهلية والتكاليف الشرعية ،  
الا فيما رفقه فيه عنها ، رفقائها ، وصونا لها . واختصها باحكام تلائم كونها  
الخلق والخلق ، عدلا من الله تعالى ورحمة واحسانا ، على وفق حكمته البالغة .  
ووصى بها الرجل خيرا ، ونهاه عن مضارتها وأن يلحق بها أى نوع من أنواع  
الاذى ، وأنه ان اتخذها زوجا له فامسك بمعروف ، والاقسريح باحسان . واذا  
طلقها وأراد أن يرتجعها قبل أن تبين منه كان أحق بها أن اراد الاصلاح  
بارتجاعه اياها . ويُن سبحانه ان للنساء من الحقوق على الرجال ، مثل ما  
للرجال عليهن من الحقوق ، غير أنه جعل للرجال عليهن درجة . قال تعالى ولهن  
مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة ، وقضى سبحانه أن يكون

الرجال قوامين على النساء ، وبين سبب ذلك فقال : الرجال قوامون <sup>(١)</sup> على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ، وبما أنفقوا من أموالهم ، أى أن الرجال يتولون شؤون النساء ويوجهونهن الى ما هو الصالح والأصلح لهن ، ويقومون بتأديهن المشروع اذا دعا الحال الى ذلك مع الاحتفاظ بمكانة المرأة المعنوية ، وعدم الهبوط بها عن مستوى الانسانية . فالرجل والمرأة كالشريكين فى شركة واحدة غير أن لأحد الشريكين النظر فى ادارة شؤون الشركة وفق مصلحتها جميعا ، اما اذا سار كل منهما فى عمله وحده مستبدا فان الشركة تفسد ، والتفاهم يسوء والفوضى تسود والعيشة ان بقيت كانت نكداء . وهذا أمر واضح لا ينبغي أن يكون موضع خلاف أو نزاع .

٢ ) وانما كان للرجل القيام على المرأة لأمرين امتاز بهما : ( أولهما ) طبيعى ، ( والثانى ) شرعى . أما الأول فبرجحان عقله على عقلها ، وكثرة علمه وتجاربه وبعد نظره بالاضافة اليها ، وكذا بقوته الجسمية التى فاق عليها بها . وهذه الميزة الطبيعية هى بالنسبة لمجموع الرجال الى مجموع النساء ، والافنى أفراد النساء من تفضل بعض أفراد الرجال فى كل ذلك أو بعضه ، لكن العبرة للكثير الغالب ، ولما هو الشأن العادى لكل من النوعين على حسب التكوين الاصلى الذى لا شذوذ فيه ، فهذا هو المناط الذى تربط به الاحكام العامة . وأما الثانى فى تفضيل الرجل على المرأة بالامامة الكبرى لأنه أقدر على حمل أعبائها ، منها ، وإيجاب المهر ونفقة الزوجية عليه لها ، وبغير ذلك مما روى فيه حال كل منهما على مقتضى الحكمة والرحمة .

قال الامام فخر الدين الرازى : لما نزلت آية المواريث تكلمت النساء فى تفضيل الله الرجال عليهن فى الميراث ، فبين سبحانه وتعالى أنه انما فضل الرجال

---

(١) تقول العرب — قام الرجل المرأة ، وعليها ، أى ماتها ، وقام بشأنها . ومصدر هذا النبل القوم والقيام .



على النساء لأن الرجال قوامون على النساء ، فإن الرجل والمرأة وإن اشتركا في استمتاع كل منهما بالآخر فإن الله أمر الرجل بأن يدفع المهر إلى زوجته ، ويدر عليها النفقة ، فصارت الزيادة من أحد الجانبين بالزيادة من الجانب الآخر .

٣ ) ونحن إذا رجعنا إلى ما جاءت به النصوص الشرعية وجدناها جميعها تأمر كلا من الطرفين بأن يقوم لصاحبه بوفاء ماله من الحقوق قبله ، مع التشديد في توصية الرجال بالنساء خيرا ، لأنهم الجانب الأقوى ، وعدم امساكهم النساء ضرا . معتدين عليهن ، فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته . فإذا خالف الرجال فقد أساءوا والمسيء يستحق ما يليق به من الجزاء . ولا ينبغي الاكتفاء بأن يقال لهم هذا حرام ، وهذا لا يليق ، بل لابد من جزاء دنيوى عاجل يستقيم به الحال ، وقديما قيل : ما يزرع الله بالسلطان أكثر مما يزرع بالقرآن . وهذا هو الأمر الواقع الذى نشاهده باعيننا ، فلا سبيل إلى انكاره . وإنى لا أرى مانعا — بل أرى من الواجب — تقرير أجزية مدنية وعقوبات لمن أساء في استعمال حقوق الزوجية حتى تترتب الأمة ويعرف الرجل أن المرأة ليست شيئا من الأشياء يتلهى ويستمتع بها كما يستمتع بالوردة يشمها حتى إذا قضى لباته منها ألقى بها ، وكما يستمتع بكل متع الحياة . ولعلم الرجل أن المرأة إنسان مثله تساويه في الكرامة الإنسانية . وإن يرى النشء على هذا حتى يصير ذلك ملكة راسخة للجنسين فالمرأة تحس وتعلم أن لها حقوقا أدبية ومادية على الرجل تطالبه بالوفاء بها إذا شعرت منه بالتقصير فى شيء منها ، وأن ورامها من القوانين ما يحميها من اعتداء الرجال عليها وابتذالها وامتهانها كمتاع يلهو به وإن وراء ذلك تربة صحيحة تكون سياجا لكل منهما ودينا يجعل كلا منهما يتقى الله فى حقوق صاحبه . ولا أطيل القول فى ذلك ، فالأمر واضح ، وحالة النساء

عندنا محزنة جدا ، وكثير من الرجال لا إيمان ولا رحمة ولا إنسانية ولا عدل ولا شعور بالكرامة عندهم في معاملة أزواجهم ، فإذا لم يضرب على أيدي هؤلاء الوحوش الممج الاندال فعلى يد من يضرب ؟

٤ ( ومن غنى بهذا الموضوع أشد العناية بشعور حتى ، وخيرة صادقة على حقوق النساء المظلومات المضنومات ولدنا النائب الدكتور السعيد مصطفى السعيد خريج كلية الحقوق المصرية ووكيل النائب العمومي بمحكمة استئناف مصر . فكتب رسالة لنيل درجة الدكتوراه في موضوع ( مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة الإسلامية ، والقانون المصري الحديث ) فكان موقفاً فيما كتبه فأحسن وأجاد وأشبع وأمتع ولا سيما فيما كتبه في مسألة تعدد الزوجات ، ومسألة المتعة التي تعطها المطلقة جبرا لخطرها بسبب إباحتها بالطلاق . ولا يعرف قيمة ما كتبه في المسألتين إلا من قرأ كتب التفسير وشروح الأحاديث المطولة بأمعان وتفهم واستيعاب تام فإن القارئ إذا خرج من ذلك بعد ما يبذل ما في وسعه من الجهد ، وكان قد وفق إلى فهم النصوص على وجهها الصحيح ثم قرأ ما كتب في الرسالة في كل من المسألتين فإنه حيثئذ يدرك قيمة ما قاله واستنتجه ذلك الشاب الموفق ، ورحم الله القائل :

لا يعرف الشوق إلا من يكابده ولا الصباة إلا من يعانها  
٥ ( وكذلك كان شأنه في كل ما بحثه في هذه الرسالة مع انسجام العبارة ، ومناتها ، وسلامتها ، وحسن الترتيب ، والتقسيم ، واستيعاب البحث ، وتقليب المسألة على كل وجوها حتى يقتلها بحثا من جميع نواحيها الشرعية والقانونية . وما أشد ما كان موقفا لفهم نصوص الفقهاء في كتب جميع المذاهب المختلفة المطولة مع غرابة تعبيراتها عن أمثاله ، لعدم إلفهم إياها ، وكذلك كتب التفسير والحديث إلا في شيء طفيف سبق إليه نظره كما في هامش

صفحة ١٨٦ ، فإن المراد بظاهر الرواية الأحكام المنقولة عن الإمام محمد بن الحسن بروايات مشهورة وهي التي تضمنتها كتبه الستة ، الأصل ( المبسوط ) والجامع الكبير ، والجامع الصغير ، والسير الكبير ، والسير الصغير ، والزيادات . وهذه الكتب الستة هي أصل المذهب الحنفي ومنها أخذت متونه . والغالب أن الفتوى تكون بما ورد فيها لأنها الأصل ، غير أنه قد يعدل عن الفتوى والعمل ببعض ما جاء فيها ويقف بما جاء في كتب النوادر وهي كتب دون فيها ما روى عن الأصحاب بروايات غير مشهورة . وقد تكون الفتوى بغير هذا عملاً بالعرف والعادة . وإذا تكون النسبة بين ظاهر الرواية وما عليه الفتوى العموم والخصوص من وجه ، فيجتمعان فيما أقي به من ظاهر الرواية وهو الكثير الغالب ، وينفرد ظاهر الرواية في المسائل التي تركت الفتوى بها ، وتنفرد الفتوى فيما أقي به من غير كتب ظاهر الرواية . وكذا ما استنتجه من مذهب الإمام الشافعي هامش صفحة ٣٦ ، وذلك لأن الاحتمال لا يزال قائماً إلى اللحظة الأخيرة ، والمسألة دقيقة . ورحم الله القائل — كفى المرء نبلاً أن تعد معاياه .

٦ ) ويضاف إلى هذا — أنه حاول أن يصبح الخطبة بصيغة العقد ، ولكن لم تسعده على ذلك النقول الفقهية كما يظهر ذلك لمن أنعم نظره في كل ما قاله . والذي أراه أنا في هذا الموضوع بإيجاز هو أن الخطبة ارتباط أدبي حاطه الشارع الإسلامي بسياس يمنع الاعتداء عليه حتى يعدل أحد طرفيه عدولاً نهائياً ، والمسألة كلها مراعى فيها ناحية الآداب والديانة لا غير . فإذا عدل أحد الخطابين ولم يكن مسمى النية في عدوله ولم يلحق بالطرف الآخر ضرراً بعدوله هذا — لا مادياً ولا أدبياً — فلا لوم ولا تثريب عليه — ولا لكان ارتباط الخطبة الأدبي أشد وأقوى من ارتباط الزواج القانوني ، وهذا لا ينبغي أن يقول به حد ، وهو على كل حال لا يخلو من نوع وحشة تلتحق بالطرف المعدول

عن الاقتران به . أما اذا ظهر سوء النية في العدول ، ولو بالقرائن القوية ولحق بالطرف المعدول عنه ضرر أدبي ، أو مادي — كأن يكون قد دخل بسبب الخطبة اعتماداً عليها في انفاق شيء من ماله أو شراء أشياء لأجل الزواج وما إلى ذلك — فإن العدل يقضى بأن يجرى ذلك العادل الظالم بتعويض للطرف الآخر بسبب ما الحق به من الضرر ، لا بسبب مجرد العدول عن الخطبة . ومذهب مالك رضى الله عنه أكبر مؤيد لهذا لأن الخاطب العادل أدخل الطرف الآخر بسبب وعده في الخسارة . وأرى أن هذا أمر واجب ، ولا سيما مع فساد الأخلاق ، منعاً للتلاعب فيما يجب أن يكون عملاً جدياً .

( ٧ ) هذا وقد اقترح في خاتمة رسالته وجوب وضع قانون شرعى غير مقيد بمذهب معين ، وانه يضم صوته إلى صوت القائلين بذلك لأن المصلحة تقتضيه والشرعية العادلة الحكيمة لا تأباه . وقد ناديت بذلك منذ عشر سنين وكتبت فيه مقالاً وهو الذى نبه اليه فى هامش صفحة ٢٦٦ . وانى أرى أنه بدون ذلك لا تقوى الشريعة باعتبارها قانوناً عملياً على البقاء ، ولا حرج فى ذلك شرعاً .

( ٨ ) ولما كانت مسألة التعقيم محل كلام كثير فى هذه الأيام وقد تناولها بالبحث فى رسالته من صفحة ١٣٤ إلى صفحة ١٣٨ رأيت أن أقول كلمة تكون فصل الخطاب فى هذه المسألة الخطيرة .

### كلمة فى تقليل النسل أو منعه ، والتعقيم

( ٩ ) تكلم الناس كثيراً فى هذه الأيام فى مسألة تقليل النسل أو منعه ، ومسألة التعقيم منعاً لوجود نسل مؤوف بعاهة بدنية أو عقلية أو نفسية تنتقل من الأصل إلى الفرع بطريق الوراثة كما أثبت ذلك العلم ودل عليه الاستقراء وحقيقته التجارب وعرفه الناس قديماً . فأردت أن أقول كلمة فى

ذلك أرجو أن تكون فصل الخطاب .

١٠) التعقيم عملية طبية يراد بها جعل الرجل المؤوف عقياً ، لا يولد له وذلك بمنع العلة الموجبة للولد عادة ، أو يجعل المحل في المرأة المؤوفة غير قابل لأثر اللقاح . ويقال له العقم أيضاً . تقول عَقَمْتُهُ عَقَمْتَهُ . والنظر في هذه المسألة يكون في موضعين .

الأول — هل يميز الدين الإسلامى منع الحمل أو تقليل النسل ؟

الثانى — إذا كان ذلك جائزاً في شرعة الاسلام ، فهل هو جائز بأية وسيلة كانت ؟ أولا طريق لا ينبغي أن يسلك غيره .

### المسألة الأولى

١١) ينبغي أن يعلم أن مرجع الأحكام الشرعية من حيث الحل والحرمة ، والجواز والمنع ، هو نصوص الكتاب والسنة الثابتة ، وليس في الكتاب فيما يتعلق بمسألتنا هذه مما يوجب المنع شيء ، وإنما جاء في السنة ما يفيد ظاهره المنع ، وقد تأوله الجمهور ، وما يفيد الجواز . وقد ارتضاه أكثر الفقهاء ، ومنهم أئمة المذاهب الأربعة المعروفة . وهاك أهم ما جاء في ذلك .

(١) روى مسلم عن جذامة بنت وهب ، أن أناساً سألو أرسول الله صلى الله عليه وسلم عن العزل ، فقال : ذلك الوأد الخفى ١ هـ . والعزل هو أن ينزع الرجل بعد الإيلاج لينزل خارج الفرج ، منعا للحمل .

(ب) وروى أحمد وأبو داود والنسائي ، والطحاوى عن أبى سعيد الخدرى أن رجلاً قال يا رسول الله ان لى جارية . وأنا أعزل عنها ، وأنا أكره أن تحمل ، وأنا أريد ما يريده الرجال ، وأن اليهود تحدث أن العزل المؤودة الصغرى . قال : كذبت يهود ، لو أراد الله أن يخلقها ، ما استنطعت أن تصرفه .

(ح) وروى مسلم عن جابر قال : كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، والقرآن ينزل ، فبلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم ، فلم ينهنا الله . وقد روى هذا الحديث البخاري أيضا الى قوله « والقرآن ينزل » ، ورواه مسلم بزيادة أخرى وهي « ولو كان شيئا ينهى عنه لناهنا عنه القرآن » . والراجح كما قال في الفتح أن هذه الزيادة من كلام سفيان راوى الحديث عن جابر بنسأه على ما استنبطه ، لكن في بلوغ المرام جعلها من الحديث وأدرجها فيه .

(١٢) وقد استدلل ابن حزم بالحديث الأول ، حديث جذامة على تحريم العزل ، وجزم بذلك ، وقال شارح الاحياء انه مذهب أهل الظاهر ، وقال ان هذا الحديث مانع من العزل ، وغيره من الأحاديث مبيح له ، والمانع مقدم على المبيح ، ومن ادعى أنه ايسر بعد المنع فعليه الدليل .

(١٣) وذهب جمهور فقهاء الشريعة الى جواز العزل — ولكنهم اختلفوا في أنه هل يتوقف على رضا الزوجة ، أو لا يتوقف . واحتجوا بمحدثي أبي سعيد وجابر المذكورين آنفا ، وكذا بأحاديث أخرى وردت بمعناها ، وقالوا : ان ما استدلل به ابن حزم من قوله صلى الله عليه وسلم « ذلك الوأد الحنفى » على تحريم العزل محل نظر ، وذلك لأن الوأد الحقيقى المحرم بالنص هو قطع حياة محققة ، وأما العزل — وإن شبهه به صلى الله عليه وسلم — فهو قطع لما يؤدى إلى الحياة عادة ، فالشبه دون المشبه به . وإنما سماه وأدا لما يتعلق به من قصد منع الحمل ، وجعله الامام الغزالي وغيره نظير قوله عليه الصلاة والسلام « الرياء هو الشرك الحنفى » ، وهذا لا يوجب إلا الكراهة التذرية ، أى ترك الأفضل ، وفعل خلاف الأولى . وعلى هذا اتفقت كلمات الجمهور من فقهاء الشريعة الاسلامية . ويوضح هذا ما قاله أمير المؤمنين على كرم الله وجهه : لا تكون موبدة الا بعد سبع . يريد سبعة الاطوار التى

في قوله تعالى « ولقد خلقنا الانسان من سلاله من طين ، ثم جعلناه نطفه في قرار مكين ، ثم خلقنا النطفة علقه ، فخلقنا العلقه مضغه ، فخلقنا المضغه عظاما ، فكسونا العظام لحما ، ثم أنشأناه خلقا آخر ، فبارك الله أحسن الخالقين » وقد استنبط على عليه السلام ذلك استنباطا لطيفا من قوله تعالى « اذا الشمس كورت ، واذا النجوم انكدرت ، واذا الجبال سيرت ، واذا العشار عطلت ، واذا الوحوش حشرت ، واذا البحار سجرت ، واذا النفوس زوجت ، واذا المومودة سئلت بأي ذنب قتلت » . فرأى بنظره الثاقب أن آية المومودة جاءت بعد سبع آيات ، وأن أطوار تكوّن الجنين حتى تدب فيه الحياة سبعة ، فقال لا تكون مومودة الا بعد تمام هذه الخصال . ولما سمع منه عمر بن عبد الله عنه ذلك قال له صدقت ، أطال الله بقاءك . والحاصل أن العزل جائز عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، إلا أنه ترك للأفضل ، فاذا اقتضته مصلحة راجحة فلا مانع من المصير اليه .<sup>(١)</sup>

( ١٤ ) ومن أمثلة ذلك ما قاله الامام الغزالي .

( أ ) ان العزل يجوز استبقاه لجمال المرأة وبهجتها ونشاطها ونضارة لونها . ولاستبقاه حياتها خوفا من خطر الطلق ، والشارع لم ينه عن هذا .

( ب ) ويجوز أيضا خوفا من كثرة الحرج بسبب كثرة الاولاد ، والاحتراز من الحاجة الى التعب في الكسب ، ودخول مداخل السوء ، والتهم بسبب ذلك . وهذا أيضا غير منهي عنه ، فان قلة الحرج معين على الدين . نعم ، الكمال والفضل في التوكل على الله تعالى ، والثقة بضمّان الله تعالى لرزقه ورزق أولاده ، حيث قال تعالى « وما من دابة في الأرض الا على الله

---

(١) الاصل عند أبي حنيفة وأصحابه ان العزل لا يباح الا باذن الزوجة المرة لكن مشايخ المذهب قالوا انه يباح العزل بغير اذنها أن خاف من الولد السوء لفساد الزمان ( انظر الحاشية . وفتح القدير ) .

رزقها ، وقال تعالى : ولا تقتلوا أولادكم خشية اطلاق ؛ نحن نرزقكم وإياهم ،  
فهذه مرتبة أعلى من تلك يبلغ بها الانسان ذروة الكمال ، لكن النظر في  
العواقب للأمور ، وحفظ الانسان المال وادخاره لنفسه وعياله ، ليس منيها  
عنه شرعا . انظر احياء علوم الدين وشرحه للسيد مرتضى الزبيدي .  
أقول : قد يعترض معترض بأن أصل شرعية الزواج لايجاد النسل الذي  
يعبد الله تعالى وتعمر به الأرض ، وهو الغاية الطبيعية من خلق الذكور  
والإناث لبقاء النوع الى ما شاء الله ، والعزل مناف لهذا الغرض الأصلي  
الواضح حكته لكل ذي عينين . وجوابي عن هذا أن العزل انما يصار اليه  
بطريق الاستثناء من الأصل اذا دعت اليه المصلحة الراجحة فهو نوع من  
الرخصة الشرعية لمصلحة هي أرجح من العمل بمقتضى الأصل في بعض  
الجزئيات ، ولكل قاعدة تشريعية استثناء ، ولكل عزيمة رخصة ، والا كان  
التشريع موسوما بالجمود ، وتعدر تطبيقه على مصالح الناس الدنيوية ، والتشريع  
انما جاء لتحقيقها لا لافسادها .

### المسألة الثانية

١٥) خرجنا من المسألة الاولى على أن العزل جائز عند جمهور فقهاء الشريعة  
الاسلامية ، دفعا للولد ، كما يجوز الامتناع عن الزواج من أصله لأجل هذا  
اذا كان الانسان في مأمن من الوقوع في العنت اذا هو لم يتزوج . فهل يجوز  
منع الحمل ودفع الولد بسبب آخر غير العزل وغير الامتناع عن التزوج أصلا ؟  
وجملة القول في الجواب عن ذلك أن ما يمكن اقتراضه لمنع الحمل أو  
الولادة واحدا من ثلاثة أمور

١٦) (الاول) أن ينجى على الجنين بعد أن تدب فيه الحياة وهو في  
بطن أمه . وفي هذه الحالة يستحق الجنان العقوبة الإخروية والعقوبة الدنيوية .



جميعا ، وعمله هذا يعتبر نوعا من الوأد سواء أكان باسقاط الجنين أم بقتله .  
ولو أن حاملا ماتت وولدها حي يضطرب شق بطنها وأخرج ولدها ، ولو  
بالعكس وخيف على الام قطع وأخرج ، ولو كان حيا لا يجوز تقطيعه ،  
لأن موت الام موهوم ، فلا يجوز قتل حي لآمر موهوم . والقول المعتمد  
في مذهب مالك انه لا يشق بطن امرأة عن جنين ، ولو رجي حياته لأن  
سلامته مشكوك فلا تنتهك حرمتها لأجل أمر مشكوك فيه ، ولكن لا تدفن  
حتى يتحقق موته ، ولو تغيرت . وقيل يجوز شق بطنها اذا لم يمكن اخراجه  
بهيئة أخرى . أقول لم لا يرجع في مثل هذا الى الاطباء . وعند الشافعية أنه  
اذا دفنت امرأة يبطنها جنين ترجى حياته فانه يجب شق جوفها لاخراجه ،  
ولو بعد دفنها ، فان لم ترج حياته أخر دفنها حتى يموت . وما قيل أنه يوضع  
على بطنها شيء ليموت ، غلط فاحش . فليحذر ا هـ . ( انظر التحفة لابن حجر )  
( ١٧ ) ( الامر الثاني ) أن تعالج المرأة بعد استقرار النطفة في مفرها ،  
وقبل أن تدب في الجنين الحياة بما يفسد اللقاح ، أو يسقط الجنين في أى  
طور من أطوار تكونه قبل أن تنفخ فيه الروح . ويرى بعض الفقهاء كالغزالي  
أن في هذا نوعا من الجنابة تتزايد كلما تقدم تطور الجنين في أدواره الأولى  
حتى تدب فيه الحياة ، وعلى هذا يكون حراما ويستحق فاعله العقوبة لأن هذه  
الجنابة ليس لها حد شرعا . ونقل في شرح الاحياء عن الشيخين العماد بن يونس  
والعز بن عبد السلام وهما من فقهاء المذهب الشافعي أنه يحرم على المرأة استعمال  
دواء مانع من الحمل ، وقال ابن يونس : ولو رضى به الزوج . واستشكل  
ذلك السيد مرتضى شارح الاحياء لأن المشهور من مذهب الشافعي أن العزل  
مباح . فقد خالفوا بذلك امامهما . ثم أجاب عن ذلك بأنه قد يقال : هذا  
سبب لا تمتاعه بعد وجود سيئه ، والعزل فيه ترك السبب ، فهو كترك  
الوطء مطلقا ا هـ . والذي أظنه من هذا أن العلاج ان اتخذ لافساد النطفة

بعد وجودها وصلاحتها للاتاج ظهر الفرق بينه وبين العزل أما ان كان العلاج لجعل المحل غير قابل لآثر العلة فليس في هذا جناية على العلة بعد وجودها . بل أنها صادفت محلا غير قابل لآثرها ، وفي هذا لاجناية أصلا . وكهذا أيضاً ما لو وضع دواء عند فوهة الرحم في أقصى المهبل ليقتل المكروب المتوى حين . يلاقه كبعض العلاجات التي وضعت لأجل هذا الغرض إذ العلة لم يها لها فرصة لتعمل عملها فكأنها لم توجد أصلا . هذا وقد قال في سبل السلام للشيخ محمد بن اسماعيل الأمير النيني مانصه : معالجة المرأة لاسقاط النطفة قبل نفخ الروح يتفرع جوازه وعدمه على الخلاف في العزل ، فمن أجازها أجاز المعالجة ، ومن حرمه حرم هذا بالأولى ، ويلحق بهذا تعاطي المرأة ما يقطع الحمل من أصله ، وقد أتى بعض الشافعية بالمنع ، وهو مشكل على قولهم بإباحة العزل مطلقاً أهبجروه . ونقل في رد المحتار عن الذخيرة أن المرأة لو أرادت لقاء الماء بعد وصوله إلى الرحم قالوا ان مضت مدة تنفع فيه الروح لا يباح لها ، وقبله اختلف المشايخ فيه<sup>(١)</sup> والنفع مقدر بمائة وعشرين يوماً . بالنص . وقد بحث في النهر أنه يجوز للمرأة سد فم رحمها منعاً من وصول الماء اليه لأجل منع الحمل ، وفي البحر أن ذلك يحرم بغير إذن الزوج . فعلى هذا اذا أذن الزوج بذلك جاز بلا حرمه . وفي رد المحتار في موضع آخر انه يكره للمرأة أن تسقى دواء لأجل اسقاط الحمل فاذا فعلت ذلك آثمت ، لكنها لا تأثم اثم القتل ، وهذا اذا كان الاسقاط لغير عذر اما اذا كان لعذر فهو جائز ولا آثم عليها ، ومثل لذلك بالمرضعة اذا ظهر بها الحمل ، وانقطع لبنها ، وليس لأبي الصبي ما يستأجر به الطائر ، ويخاف هلاك الولد ، قالوا

(١) قال بعضهم بإباحة اسقاط الحمل مطلقاً قبل أن تنفخ فيه الروح أى قبل مضي مائة وعشرين يوماً على النطفة بعد استمرارها في الرحم . ذكر ذلك قاضيان والفقه على بن موسى لأن النطفة بعد ما تنفخ في الرحم مآلها الحياة فيكون للجنتين قبل نفخ الروح فيه حكم الحياة ( أنظر رد المحتار )

يباح لها أن تعالج في استنزال الدم مادام الحمل مضغة أو علقه ، ولم يخلق له عضو ، وقدروا تلك المدة بمائة وعشرين يوماً . وإنما جاز لأنه ليس بأذى وفيه صيانة لأذى ١٥ . الحائض .

( ١٨ ) ( الأمر الثالث ) أن يعالج الرجل قبيل المباشرة الجنسية علاجاً بأية طريقة كانت يفسد مادة التلقيح فيه ، أو يقطع عليها طريق مرورها وهي لا تزال فيه . أو يذهب بها أو بخاصيتها بأية وسيلة . أو تعالج المرأة نفسها كذلك بما يجعلها غير أهل لقبول اللقاح ، فأى مانع يمنع من هذا شرعاً؟ ليس فيه جناية على شيء ما ، وهل من فرق بين وقف العلة أو تحويلها عن طريقها منعاً لها من أن تعمل عملها ، وبين افسادها ، أو افساد المحل المعد لقبولها فتسلب تأثيرها ويكون وجودها وعدمها سواء ، أو تجد محلاً غير صالح لقبول أثرها فتذهب مسدى وتضيع ، اذ لا يجد الايجاب قبولاً ولا محلاً للانعتاد . أليس كل من الامتناع عن الزواج ، والعزل بعد المباشرة ، والعلاج قبل وجود الأثر سواء في النتيجة ، ولم يرد نص يعول عليه في تحريم شيء منها

( ١٩ ) وعلى هذا لا أرى في التعقيم أى مانع ديني لأنه عملية يراد بها دفع الولد بمنع علته الموجبة لوجوده بحكم العادة وليس في هذا جناية على شيء . وجد ، لا على نفس حية قد تهيأت للخروج إلى عالم الوجود ، ولا على ماهو مهياً لأن يكون نفساً حية . كذلك الأمر واضح جداً لا يبنى التوقف في اباحته وجوازه .

وهنا خطر يبالى أسئلة أرى من تمام الفائدة أن أذكرها وأذكر بعد كل سؤال منها ما عن من الاجابة عنه .

( ٢٠ ) السؤال الاول :

نحن معاشر المسلمين نعتقد أن ما أراده أن يكون ، لا بد أن يكون . فاذا

كان الله تعالى قد تعلقت إرادته بأن يكون لفلان أو لفلانة ولد يولد في وقت كذا في مكان كذا على صفة كذا فهذا الولد آت لا محالة ، وإذا يكون كل من العول والتعقيم والامتناع عن الزواج أصلا دفعا للولد - هو معاندة للقدر ، ولا يليق بالمسلم أن يعاند قدر الله .

وجوابي عن هذا :

أولا - اني الآن لا أعلم ما قدره الله في المستقبل ، لكن أعلم بحكم العادة المستمرة ، أو التجارب المتكررة ، ولا سيما التي يؤيدها العلم أن فعل كذا يترتب عليه أثر كذا فانا بناء على هذا أقدم على العمل تاركاً ما سيكون في المستقبل الى الله سبحانه وتعالى ، فأى معاندة للقدر في هذا ؟

ثانيا - الامتناع عن الزواج والعزل والتعقيم كل ذلك بقدر الله تعالى ، والله وحده أن يرتب المسليات على أسبابها العادية أى يجعل وجود المسبب مقارنا لوجود السبب أو عقبه بدون أى فاصل بوله وحده أن يخلق المسليات بدون أسبابها العادية ، فالممتنع عن الزواج والعازل تحت سلطان قدر الله كالمتزوج والذي يولد له ، فهل في هذا معاندة للقدر ؟

وانظر ارشدك الله الى قوله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي سعيد الخدري الذي تقدم ذكره : « لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه ، فقيه الكفاية في جواب هذا السؤال .

( ٢١ ) السؤال الثاني :

يقولون ان التعقيم انما أجازوه منعاً لاتنقال الآفات الجسمية والعقلية والنفسية التي تكون بالاصول الى فروعهم ، فأنى لنا علم هذا والمستقبل لا يعلمه الا الله فرب شخص مؤوف يأتي ولده سليماً ، ورب شخص سليم يأتي ولده مؤوفاً ، فيجب أن تترك الأمر لله اذ لا علم لنا بالمستقبل .

وجوابي عن هذا - أن العلم الحديث أثبت ثبوتاً لا ريب فيه أن عاهات

الأصول تنقل الى الفروع ، وإذا تخطت العاهة الولد انتقلت الى ولد الولد أو ما بعده من الذرية فالوراثة أصبحت بما لا شك فيه أوهى على الأقل مبنية على الظن الراجح . ولم يفت قدماءنا علم هذا فان الشافعى رضوان الله عليه لما قال بجواز فسخ الزواج بسبب الجذام والبرص كان بما أورده تعليلا لهذا ان الولد الذى يأتى من مريض بأحد هذين الداءين قلما يسلم ، وإن سلم أدرك نسله فكيف مع هذا تنكر انتقال العاهات من الأصول إلى فروعهم بطريق الوراثة .

#### (٢٢) السؤال الثالث :

لاشك أن فى التعقيم ضررا عظيما بالمعتمدين فان كان رجلا أفقدناه رجولته ، وكونه أباً ، وإن كان امرأة أفقدناها أمومتها فيفوت بذلك الفرض الاصلى من خلق الناس ذكورا وإناثا وتعطل تلك الوظيفة الطبيعية التى بها يحفظ النوع وفى ذلك جناية مزدوجة على شخص برى . وهو الشخص المعتمد وعلى النوع الانسانى ، فكيف يصح هذا .

وجوابى عن ذلك : أولا — أن جمهور فقهاء الشريعة قالوا بالحجر على السفیه دفعا لضرره عن الناس اذا ذهب ما فى يده من المال وأصبح لآمال له فيصبح عالة على غيره (انظر كتابنا فى الاملية وعوارضها) وفى هذا الحجر اهدار لآدميته والحاق له بالبهائم ، ولهذا لم يوافقهم أبو حنيفة على الحجر عليه ، فاذا جاز عند جمهور فقهاء الشريعة ذلك الفعل الذى تهدر به الانسانية جملة ويلحق صاحبه بالبهائم فلأن يجوز بالاولى فعل ما تهدر به الرجولة وكون الشخص أباً ، أو الامومة فان هذا أخف من ذاك فكان أولى بالجواز اذا اقتضته المصلحة الراجحة بدفع الضرر العام .

ثانياً — ان كل ما يترتب على تعقيم بعض افراد من الناس هو تقليل بنى الانسان ، فلو كان الذى يفوت بسبب عدم الولادة نسلا صالحا فهذا لقلته

لا يكاد يشعر به ، والنوع بدونه باق ، فما بالك إذا كان الذى يفوت بسبب التعقيم هو نسل ردىء مؤوف بعاهات نفسية أو عقلية أو جسمية على ما جرت به سنة الله فى خلقه اليس فى هذا الصنيع خير للنوع الانسانى بسلامة أفراده بالقدر المستطاع ؟

#### (٢٢) السؤال الرابع :

العقل والشرع يقضيان بقبح الجناية على الأبرياء — وعملية التعقيم لاشك أنها جناية وتعذيب ، فكيف يستباح هذا باسم الشرع ؟ اليس الشرع الالهى أرفع من أن يأتى بما فيه الجناية على بنى الانسان وتعذيبهم ؟ وجوابى عن هذا : انه ليس فى هذه الدنيا — أولا يكاد أن يوجد — ما هو مصلحة من كل وجه ، ولا ما هو مفسدة من كل وجه ، بل كل عمل يجمع بين الأمرين على نسب مختلفة ، كما قيل :

حلاوة دنيالك بمزوجة فلا تأكل الشهد الا بسم

واذا كان الأمر كذلك — والشرع لا بد منه — جاء الأمر بما غلبت مصلحته مفسدته ، والنهى عما غلبت مفسدته مصلحته ووضعت القواعد لذلك فليل. يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام . وقيل : الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف . وقيل : إذا تعارضت مفسدتان روعى اعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما . وقيل ، الضرر يدفع بقدر الامكان ، الى غير ذلك .

ومن الشواهد على هذا جميع العقوبات الشرعية ، هى فى ذاتها مفسدات لكنها مطلوبة شرعا لكونها مؤدية الى المصالح التى هى أرجح منها كقطع اليد المتأكلة لسلامة الجسم كله واستبقاء الحياة ، وقتل قطاع الطريق ، والجهاد لاعلاء كلمة الله ، وتطهير الأرض من المفسدين وهكذا من الأشياء التى هى فى ذاتها مفسدات لكنها شرعت لتحصيل ما يترتب عليها من المصالح الحقيقية . والاعتماد فى معرفة رجحان المصلحة على المفسدة ، ورجحان المفسدة على

المصلحة يكون على ما يظهر في الظنون، وصدق الظنون يرتكز على التجارب والمشاهدات المتكررة والمؤيدات العلية التي ترجح الظن فلا يجوز العدول عن العمل به خوفا من أنه قد يكذب في مسألة جزئية . لأن هذا لو لوحظ عند العمل بالظن الراجح فاحجم عن العمل بناء عليه لتعطلت المصالح الغالبة، ولا يفعل ذلك الا الجاهلون ، كما قاله الشيخ عز الدين بن عبد السلام، وضرب لذلك الأمثال .

(٢٤) وإذا تقرر هذا أقول : ان ما يترامى من الجناية بسبب عملية التعقيم هو مفسدة بلا ريب ، واذى للشخص المعقم واضرار به لكنه ارتكب لدفع ضرر عام ، كما أسلفنا .

(يوضحه) أن أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه كان يعس في بعض الليالي ، ينفض الليل عن أهل الرية ، فسمع امرأة تنشد شعرا ، منه :

هل من سليل الى خمر فأشربها أم من سليل الى نصر بن حجاج  
فلما أصبح الصباح دعا بنصر بن حجاج . فاذا هو شاب جميل يفتن بمناله  
النساء فأمر بحلق شعره فحلق ، فازداد جمالا ، فأمر بنفيه الى البصرة منعاً  
للفتنة . فأى ذنب جنى نصر بن حجاج حتى فناه أمير المؤمنين وحلق شعره  
من قبل ؟ اليس ذلك دفعا لضرر عام ؟ وعلى هذا قال علماؤنا يجوز التعزير  
على غير معصية ، وضربوا مثالا لذلك نصر بن حجاج . وبعد ، فبرئ حلت  
به نعمة الله تعالى وه ، الجمال الفائق أو لم وعوقب دفعا لضرر عام اعتمد فيه  
على الظن الراجح عند ما ظهرت أول باكورة له . فبرئ حلت به نعمة الله  
وهى العاهة التي إيف بها جسمه أو عقله أو نفسه أفلا يكون أولى بالابلام  
دفعا للضرر العام ؟ الأمر صار واضحا جدا .

(٢٥) وعلى ذلك فانا لا أرى مانعا شرعيا من اتخاذ طريقة التعقيم أو المنع  
المؤقت تبعا لما تقضى به المصلحة بعد أن يتثبت كل التثبت من ضرورة ذلك

وبشرط أن يكون التعقيم اجباريا وطاما شاملا لكل من تقلهم أرض مصر،  
وتظلمهم سماؤها.

(٢٦) واني لياخذ مني العجب كل مأخذ كلما تذكرت منشور الحقانية  
للمحاكم الشرعية بالزام المأذونين أن يأخذوا اقرارا كتابيا من طالبي الزواج  
بخلوهما من الأمراض السرية، وقد صدر ذلك بناء على طلب مصلحة الصحة  
العمومية. فأى قيمة لهذا المنشور؟ أتذا سئل شخص حلت بحسبه الأمراض  
السرية كلها وزيادة أقر بأن به مرض كذا؟ وإذا قال أنه سليم من الأمراض  
والآفات والعاهات وكذب في اقراره ثم تبين ذلك فيما بعد فما جزاؤه؟ وما  
أهمية القيمة القانونية للمنشورات في مثل هذا؟ وهل يستطيع المأذون قانونا  
أن يمتنع عن العقد إذا أبى الزوجان أو أحدهما كتابة هذا الاقرار؟

وإذا كان العقد على غير يد مأذون، ثم ذهبت الزوجة الى المحكمة  
الشرعية ليقضى لها بنفقة على زوجها ( مثلا ) مقدارها كذا فلما حضر أقر  
بالزوجة وادعى أن ما طلبته كثير أو غير ذلك، وكان غرض الزوجين بهذا  
اثبات الزواج رسميا بقضاء القاضى، وقد مكر الحيلة وأتقناها أفلا يثبت  
الزواج من هذا الطريق بدون وثيقة مأذون؟ وهل يطالب القاضى كل واحد  
منهما بتقديم اقرار كتابى بالخلو من الأمراض السرية لان فصله فيما ترافعا  
اليه يستلزم حتما ثبوت زوجيتهما باقرارهما أمامه في مجلس قضائه، وهذا  
تجيزه اللائحة الشرعية ( القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ المادة ٩٩ فقرة ثالثة ) ؟  
فما كان ينبغى أن يفكر أولا في هذا الموضوع تفكيراً صحيحاً قبل اصدار  
منشور به، أم نحن ممن يكتفون بالصور والاشكال بخسب ؟

أحمد إبراهيم

وكيل كلية الحقوق بالجامعة المصرية  
واستاذ الفريعة الإسلامية بها

غرة صفر الحير سنة ١٣٥٥

٢٢ أبريل سنة ١٩٣٦



## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أحمد الله العظيم وأصلي على رسوله الكريم

وبعد — فقد أتى على الشريعة الإسلامية حين من الدهر كانت هي القانون العام في بلدنا ، تجري فيه أحكامها في كل ما تجرى عليه الأحكام ، وتطبق قواعدها في كل ما تحتمله أعمال الناس من معاملات وأجزية . والشريعة الإسلامية هي تراث الإسلام الخالد وعنوان ما وصل إليه من حضارة ورقى ، خضع لها العالم الإسلامي مئات السنين فما شكاً نقصاً ولا اضطراباً ، فقد ساربت تطور الحياة في مختلف العصور بفضل ما بذله فقهاؤها — طيب الله ثراهم — من جهد في هذا السبيل .

على أن هذا الجهد المبارك ما لبث أن فر ، فقد دار الزمن دورته وجاء قوم ينكرون على أنفسهم حرية الاجتهاد وقالوا بأقوال بابه ، فوقفت الشريعة وسارت الحياة في سبيل تطورها الطبيعي ، إلى أن شعر القائمون بالأمر في البلاد بضرورة التجديد في التشريع وإصلاح حال القضاء ، فلجأوا إلى القوانين الأجنبية يستعيرون من أحكامها وهم الأغنياء بما لديهم من فقه . وقد كانت نتيجة ذلك أن صار تشريعنا مجموعة من قوانين مختلفة الأصول مشتتة الفروع لا ارتباط بينها ولا انسجام فيها ، وكان نصيب الشريعة الإسلامية من هذا الرقيع في التشريع أحكام الأحوال الشخصية .

وأحكام الأحوال الشخصية هي أهم ما في تشريع بلد من البلاد ، فكما أن ذات الإنسان هي أعز ما لديه فكذلك القوانين التي تنظم أحوالها أهم ما يعنيه من قانونه ، وهي فوق ذلك القدر المشترك بين جميع الناس لأنها تحكم أحوال الفرد بصفته إنساناً وهو ما يشترك فيه الجميع لا يفرق بينهم فيه

اختلاف الحالة الاجتماعية أو البيئة أو المكان .

وقد دار كل ذلك بخلدی عند ما فكرت في اختيار الموضوع الذي أكتب فيه ، فقصدت أن أبذل ما أقدر عليه من جهد في سبيل الشريعة الإسلامية واخترت لذلك الكتابة في أهم ما يعنى الناس منها في حياتهم العملية وهي أحكام العلاقات الزوجية ، فكتبت هذه الرسالة في مدى استعمال حقوق الزوجية وما تتميد به في الشريعة الإسلامية والقانون المصرى الحديث .

والفكرة الأساسية التي يدور عليها البحث هي أن الحقوق المختلفة التي تقرها الشريعة الإسلامية للأفراد منحت لهم لتحقيق مقاصد خاصة يقصدها الشارع من تقرير هذه الحقوق ، فيجب أن يتفق قصد المكلف من استعماله لكل حق من حقوقه مع قصد الشارع من تقرير هذا الحق بعينه ، كما أن استعمال الانسان لحقه يجب أن يكون بحيث لا ينشأ عنه ضرر لغيره ، وإلا كان صاحب الحق عند استعماله بخلاف ما تقدم متعدياً في الحالتين وترتب عليه ما تقرره الشريعة لذلك من جزاء بحسب الأحوال . وحقوق الزوجية كغيرها من الحقوق تخضع لهذه القاعدة المزدوجة ، فهي تنطبق على كل حق مما يربط بعلاقة الزوجية أو يترتب عليها . وبيان ذلك هو موضوع بحثنا هذا . وظاهر أن الفكرة هي بعينها ما يقرره فقهاء القانون الحديث بنظرية سوء استعمال الحقوق .

ولما كان الموضوع تطبيقاً خاصاً في حقوق الزوجية لقاعدة تنقيد بها الحقوق صوماً فقد رأينا أن تقدم البحث بمقدمة عامة في بيان « مدى استعمال الحق وما يتقيد به » وبعبارة أخرى « نظرية سوء استعمال الحقوق » في القوانين الوضعية الحديثة وفي الشريعة الإسلامية .

وعلى الله قصد السبيل .

السعيد مصطفى السعيد

القاهرة في { صفر سنة ١٣٥٤ هـ  
مايو سنة ١٩٣٥ م }

# مقدمة

---

في

مدى استعمال الحق وما يتقيد به  
في القوانين الوضعية الحديثة وفي الشريعة الإسلامية

---

نظرية سوء استعمال الحقوق



# الفصل الأول

في مدى استعمال الحق وما يتقيد به

في القوانين الوضعية الحديثة

نظرية سوء استعمال الحقوق

## ١ - في القانون الفرنسي

صدر القانون المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ وليد الثورة الفرنسية التي قامت لتحرير الأفراد من القيود السياسية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية التي رزحوا تحت أعبائها حيناً من الدهر، فأعلنت في سنة ١٧٨٩ أن للإنسان حقوقاً طبيعية ثابتة مقدسة لا يجوز العبث بها . ومن ثم ساد هذا القانون روح فردى قوى يلتزم مع الروح الذي أملى اعلان حقوق الإنسان . وهو يرى الى تدعيم حقوق الأفراد وحمايتهم ، ينظر الى الفرد باعتباره العنصر الأهم في الحياة لا باعتباره جزءاً من كل هو الجماعة<sup>(١)</sup>.

ولقد كان من نتائج ذلك أن أتى وقت اعتبرت فيه الحقوق مطلقة المدى ، وأن صاحب الحق في استعماله سيد لا يسأل عما يترتب على هذا الاستعمال من الأضرار التي قد تحيق بغيره<sup>(٢)</sup>.

الا أن التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي جرت في خلال القرن

---

(١) يراجع في ذلك : جوسران (روح الحقوق) بند ٤ ؛ وجوسران (القانون المدني)

ج ١ بند ١٦١ ؛ وديجوى (تطورات القانون الخامس) ص ٨ وما بعدها .

(٢) جوسران المرجعان السابقان ؛ كولان وكايتان ج ٢ ص ٣٨٢ .

التاسع عشر أثرت في هذه الفكرة الأساسية في القوانين تأثيراً خرج بها من دائرة الفردية المطلقة الى دائرة أخرى اجتماعية لا يقتصر النظر فيها على الفرد باعتباره فرداً وإنما عليه باعتباره عضواً من جماعة يجب أن تتجه جهوده في تحقيق مصالحه نحو تحقيق مصلحة الجماعة التي يعيش فيها . وللوصول الى تحقيق هذه الغاية عمل الشراح وقضاء المحاكم على تقييد الحقوق الفردية . فمن ذلك أن عرض على القضاء الفرنسي حالات كان استعمال الحق فيها مسيئاً لأضرار بالغير رأيت المحاكم إزائها الزام صاحب الحق بتعويض هذا الغير عما يترتب على فعله من الأضرار . وقد كانت هذه الأحكام أساساً لنظرية جديدة في الفقه الفرنسي اصطلاح أغلب شراح القانون على تسميتها بنظرية سوء استعمال الحقوق "La théorie de l'abus des droits" . وهي تدور في مدلولها حول القاعدة التي قررتها محكمة النقض الفرنسية في أحد أحكامها وهي أنه إذا كان من القواعد المقررة أن استعمال إحدى المكينات التي يقرها القانون لا يمكن أن يعتبر خطأً تترتب عليه مسئولية فاعله فإن الأمر يكون على عكس ذلك إذا أسيء استعمال هذه المكنية (١) .

وقد أثارت هذه النظرية خلافاً حاداً بين الفقهاء في شكلها الفقهي فمنهم من أقرها ومنهم من ردها (٢) ، وحتى من أقروها لم يتفقوا على تحديد نطاقها

---

(١) هض عرائض في ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٣ ( دالوز ١٨٩٥ - ١ - ٥٣١ ) :

"S'il est de principe que l'usage d'une faculté légale ne saurait constituer une faute, ni motiver par suite une condamnation, il en est autrement lorsque l'usage d'une telle faculté dégenère en abus."

(٢) وجه هذه النظرية جملة اعتراضات منها ما عمس شكلها الفقهي ومنها ما يتصل بموضوعها فقد اتفق الأستاذ بلانويول التسمية التي أطلقت عليها "Abus des droits" "سوء استعمال الحقوق" فهو يرى فيها تناقضاً لأن الحق و الإساءة لا يجتمعان فبعث تبدأ الإساءة ينتهي الحق وكل عمل يوصف طبقاً لهذه النظرية بأنه إساءة استعمال حق هو في الواقع خروج عن هذا الحق (بلانويول المختصر ج ٢ بند ٨٧١) . ويوافقه كثير من الفراح على هذا التند (ديوج ج ٤

فاختلفوا فيما بينهم على مدى تطبيقها وعلى فصل التفرقة بين ما يعتبر استعمالاً مباشراً وما يعتبر استعمالاً سيئاً للحق . إلا أن غالبية الشراح في العصر الحاضر يقرون هذه النظرية ويكاد يكون الإجماع منعقداً الآن على التسليم بصحة النتائج التي تترتب على الأخذ بها من حيث تقييد الحقوق الفردية حتى انحصر الخلاف بين الفقهاء في المبررات الفقهية للنتائج القانونية التي قررتها المحاكم في قضائها ورددها الشراح في مؤلفاتهم (١) .

### حالات إساءة استعمال الحق :

( ١ ) كان أول مظهر لهذه النظرية هو استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير . وقد درج قضاء المحاكم الفرنسية منذ أوائل القرن التاسع عشر

بند ٦٧٠ ؛ وديجوى : تطورات القانون الخاص من ٢٠٠ ) . على أن النقد الذي يوجه الأستاذ ديغوى لهذه النظرية يقوم على أساسه على فكرته الخاصة في أن ما يسميه جمهور رجال القانون بالحقوق "droits subjectifs" ما هي إلا وظائف اجتماعية و يرى أن في الأخذ بفكرته هذه تمادياً للصعوبات التي لاقاها من تورطوا في القول بنظرية سوء استعمال الحقوق ( يراجع في ذلك كتابه في القانون الدستوري الجزء الأول ص ٢٦١ وما بعدها من الطبعة الثالثة ) — ومن الملاحظ من يرى أن هذه النظرية لم تأت بمجديد فهي تطبيق لقواعد المسؤولية المدنية العادية فإن كل مسؤولية لا تكون إلا عند استعمال حق من الحقوق فلا محل لأفراد بحث خاص بحالة من حالات المسؤولية الناشئة عن استعمال حق ( يراجع في ذلك : Emmanuel Lévy

La vision socialiste du droit ص ٤٥ وما بعدها خصوصاً ص ٤٧ و ٤٨ ) . ومن الانتقادات التي تمس موضوع النظرية في الصميم ما قال به بعض الفراح من أنها تؤدي إلى الخلط بين القانون والأخلاق مع ما بينهما من الفوارق وأنها تؤدي إلى تحكيم القضاء في أعمال الناس وحرمانهم من الطأينة في ماملاتهم القانونية بإعطاء القضاء حرية البحث وراء الأغراض التي تدفع بهم إلى القيام بأعمالهم المختلفة ولا يمكن تحديد مدى هذا التدخل ، وأنها أخيراً تتعارض مع الاتجاه الحديث لقواعد المسؤولية المدنية التي تتجه تدريجاً عن النظرية القائمة على الخطأ الشخصي إلى ما يسمى بالمسؤولية العيشية ( يراجع في تفصيل هذه الانتقادات والرد عليها كتاب جوسران « روح الحقوق » بند ٢٤١ — ٢٥٩ ) .

(١) دمج ج ٤ بند ٦٧٨ ؛ بلانويل مختصر ج ٢ بند ٨٧١ ؛ جوسران ( روح الحقوق ) بند ٢٣٥ .

وجاراه شراح القانون على أن من يستعمل حقه لمجرد الاضرار بالغير يسأل عما يصيب هذا الغير من الاضرار بسبب عمله . ولم تثر هذه الحالة نزاعا بين الفقهاء فان أبسط قواعد العدالة يتنافى مع تعمد الاضرار بالغير ولو تحت ستار استعمال الحق <sup>(١)</sup> .

إلا أن هذا المبدأ لم يكن مستحدثا في القانون الفرنسى ولا في القضاء بعد قانون نابليون وإنما كان ترديدا لما قرره شارحو القانون الفرنسى القديم وما سبقهم إليه مشرعو الرومان من قبل <sup>(٢)</sup> . وتصرف صاحب الحق في مثل هذه الحالة يعتبر خطأ مكونا لجنحة مدنية « *faute delictuelle* » موجبا لمسئولية فاعله عن تعويض الاضرار الناشئة عنه تطبيقا للقاعدة المقررة بالمادة ١٣٨٢ من القانون المدنى الفرنسى <sup>(٣)</sup> .

على أن الصعوبة التي قد تعترض هذه القاعدة تظهر عند ما يختلط قصد الاضرار بغرض آخر مشروع بمعنى أن صاحب الحق عند ما يستعمله يكون متجها لتحقيق غرضين أحدهما تحقيق منفعة له والثانى الاضرار بغيره . ففي مثل هذه الحالة يمكن التساؤل عما إذا كان مجرد وجود غرض مشروع يجعل العمل مباحا ولا مسئولية على فاعله ، أو أن وجود غرض غير مشروع ينسحب أثره على كل العمل فيفسده ؟ والواقع أنه من المتعذر وضع قاعدة بترجيح أحد القولين ولكن الحل الاصوب والذي اتبعته المحاكم في تطبيقاتها هو أن يكون الحكم في كل حالة على حسب ما يظهر من وقائعها بحيث أنه

(١) مازوج ٢ بند ٥٦٣ ؛ بلايول وريير ج ٦ بند ٥٧٣ ؛ جورسان (روح الحقوق) بند ٢٦٨ وما بعدها . ويراجع أيضا حكم محكمة كولمار Colmar في ٢ مايو سنة ١٨٥٥ (دالوز ١٨٥٦ — ٢ — ٩) ، حكم محكمة ليون Lyon في ١٨ ابريل سنة ١٨٥٦ (دالوز ١٨٥٦ — ٢ — ١٩٩) ، القضا الفرنسى في ٣ أغسطس سنة ١٩١٥ (سى ١٩٢٠ — ١ — ٣٠٠) .

(٢) مازوج ١ بند ٥٥٥ و ٥٥٦ .

(٣) مازوج ١ بند ٥٦٤ .



ينظر إلى الغرض الذي رعى إليه صاحب الحق من استعماله بالشكل الذي ترتب عليه الضرر فإذا كان غرضه الأساسي هو الاضرار بالغير ولم تكن المنفعة التي يكسبها إلا غرضاً ثانوياً فما لا شك فيه أن عمله يكون مشوباً بالاساءة ومستوجباً للمسئولية وإلا فالعمل سليم ولا مسئولية على فاعله (١).  
(٢) غير أن المحاكم في قضائها وشرح القانون في مؤلفاتهم لم ينفوا بنظرية سوء استعمال الحق عند استعماله بقصد الاضرار فقط وهي الحالة التي تقدمت ولكنهم طبقوها في حالات أخرى كان استعمال الحق فيها غير مشوب بقصد الاضرار بالغير.

وأول ما يسترعى النظر في هذه الحالات هو استعمال الحق بغير مصلحة لصاحبه. وهذه الصورة تقترب لدرجة كبيرة من الصورة التي سبق بيانها وهي استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير، وكثيراً ما يكون فوات المصلحة في استعمال حق معين في حالة خاصة هو الدليل الظاهر على أن هذا الحق استعمل بقصد الاضرار فإن إثبات قصد الاضرار قد يتعذر في كثير من الحالات بل هو متعذر في أغلبها ولا دليل عليه إلا أن يكون صاحب الحق قد استعمله حيث لا مصلحة له من ذلك. ومن أجل هذا لم يكن الخلاف في هذا الموضوع جلياً بين فقهاء القانون. وحتى على فرض أن لهذه الصورة مجالا من التطبيق مستقلاً عن قصد الاضرار فإن فعل صاحب الحق هنا يعتبر خطأ جسيماً من جانبه موجباً لمسئوليته طبقاً لل مادة ١٣٨٢ من القانون المدني الفرنسي (٣).

---

(١) اراجع في هذا الرأي جوسران (روح الحقوق) بند ٢٢٨ — ومن المراجحة من يميل إلى القول بسلامة العمل مادام أن هناك باعثاً فرعياً على أتياته ولو اختلط بقصد الاضرار (ريبير: القاعدة الحلقية في الالتزامات بند ٩٨؛ وبونكلز: ملحق بودرى ج ٣ بند ٢٢٩) إلا أن القضاء يسير وفق ما ذكرناه في المتن (راجع حكم محكمة دراغويان Draguignan في ١٧ مايو سنة ١٩١٠ (دالوز ١٩١١ — ٢ — ١٣٣).  
(٢) اراجع في ذلك ساروج ١ بند ٥٦٩؛ بند ويلاتيول وريبير وإسمان ج ٦ بند ٥٧٥؛

(٣) أما إذا استعمل صاحب الحق حقه لتحقيق منفعة له ، ولم يقصد بذلك الأضرار بغيره ولكنه أحدث له ضرراً ، فهل يمكن أن يترتب على فعله هذا مسئولية عليه . وإن قيل بإمكان ذلك فما هو فيصل التفرقة بين الفعل المستوجب للمسئولية في هذه الحالة وبين ما يعتبر استعمالاً مباحاً ولا مسئولية على فاعله ؟ هنا اختلف الشراح فلم يتفقوا على حل ولكل رأيه الخاص .

فن الفقهاء من يقصر نطاق نظرية سوء استعمال الحق على حالة استعماله بقصد الأضرار بالغير كما بينها<sup>(١)</sup> . إلا أن غالبية المؤلفين وقضاء المحاكم لم يقفوا عند هذا الحد . ولكنهم اختلفوا في تعيين مقياس الاساءة وبعبارة أخرى متى يعتبر صاحب الحق مسيئاً في استعمال حقه وذلك فيما عدا حالة قصد الأضرار . ولقد عرض المؤلفون حلولاً كثيرة<sup>(٢)</sup> .

ويرى كثير منهم أن مقياس ذلك هو وجود مصلحة لصاحب الحق في استعماله بالصفة التي تتبع عنها الضرر وقد أوضحنا ذلك فيما تقدم . ويرى فريق من الشراح وفي مقدمتهم الأستاذ جوسران أن ميزان العمل الذي به يعرف ما إذا كان اساءة أو استعمالاً مباحاً لحق من الحقوق هو النظر فيما إذا كان هذا العمل يتفق مع الحكمة التي من أجلها منح الحق لصاحبه . ويقوم هذا الرأي على اعتبار أن الحقوق الفردية لم تمنح للأفراد على أنها تمنع يلبون بها على حسب أهوائهم وإنما منحت لهم لتحقيق أغراض صحيحة هي

---

وجوسران (روح الحقوق) بند ٢٨١ و ٢٨٧ وما بعده ؛ وبونكاز : ملحق بودرى ج ٣ بند ٢٣٠ .

(١) ريبير ( القاعدة الخلفية في الالتزامات ) بند ٨٩ وما بعده ؛ ومقال المؤلف السابق في المجلة الانتقادية *Revue Critique* سنة ١٩٢٩ ( ص ٣٨ ) وما بعدها بند ٧ وما بعده .  
(٢) يراجع تحليل الآراء المختلفة في كتاب الالتزامات لديموج الجزء الرابع بند ٦٦٧ وما بعده .

التي حدث بالمرجع لمنح حق ما للأفراد كأداة للوصول إلى الغرض المقصود .  
 فإذا اتجه صاحب الحق في استعماله حقه لغير الوجهة المقصودة بهذا الحق  
 عدميئنا ولزمته المسؤولية<sup>(١)</sup>.

والذي يحدد هذا المقياس ويكسبه المظهر العملي هو النظر إلى قصد  
 صاحب الحق من استعماله والغاية التي يرمى إليها فإن كانت الغاية مشروعة  
 فالعمل صحيح والا فهو اساءة .<sup>(٢)</sup> وبذلك صار هذا المقياس عامًا يسرى على  
 جميع الحالات التي يمكن أن تكون استعمالاً للحق من الحقوق فيسرى على حالة  
 استعمال الحق بقصد الاضرار بالغير واستعماله بغير أن يكون في ذلك منفعة  
 لصاحبه وذلك على أساس أن الباعث الذي حدا بصاحب الحق إلى استعماله  
 في هاتين الحالتين ليس باعثاً مشروعاً<sup>(٣)</sup>.

وتختلف غاية الحقوق المختلفة بحسب كل نوع من هذه الحقوق ، فبما  
 كانت الغاية منه تحقيق منفعة لصاحب الحق كحق الملكية الفردية ، ومنها ما  
 شرع لمراعاة مصلحة الغير كحقوق الولاية والقيام على عديمي الأهلية ، ومنها  
 ما شرع في سبيل المصلحة العامة كحق النقد المباح<sup>(٤)</sup>.

ويقول اصحاب هذا الرأي في النهاية أن غاية حق معين ليست واحدة في كل  
 زمان ومكان فانها تتغير بتغير الزمن والأفكار والعادات وفي ذلك ميزة للمقياس  
 الذي وضعوه للأسامة من حيث كونه مرناً يسير الحقوق في تطورها<sup>(٥)</sup>.

(١) يراجع استعراض هذا الرأي في كتاب جوسران ( روح الحقوق ) بند ٢٩١ وما  
 بعده . ويراجع أيضاً ما زو ج ١ بند ٥٧٢ .

(٢) جوسران ( القانون المدني ) ج ٢ بند ٤٣٠ و ٤٣١ ؛ و ( روح الحقوق ) بند ٢٩٦ وما  
 بعده وفي بند ٣٠٠ يحدد المؤلف البواعث غير المشروعة .

(٣) جوسران ( روح الحقوق ) بند ٣٠٠ .

(٤) جوسران ( روح الحقوق ) بند ٣٠٨ وما بعده ؛ و ( القانون المدني ) نفس المؤلف

ج ٢ بند ٤٣٠ .

(٥) جوسران ( روح الحقوق ) بند ٢٩٩ .

وهذا الرأي الأخير هو أقصى ما وصل إليه مجذو نظرية سوء استعمال الحقوق<sup>(١)</sup>. وقد استعرض الأستاذ جوسران كثيرا من أحكام المحاكم الفرنسية ويتبين أنها تقر هذا المبدأ الأخير في قضائها<sup>(٢)</sup>. ومن استعراض ما تقدم يتضح أن قوام هذه النظرية هو الباعث الذي يدعو صاحب الحق الى استعماله وهذه النية تصبغ العمل الذي يقوم به صاحب الحق بصفتها وبذلك يتكيف العمل بحسب نية القائم به وهذا عامل شخصي بحث . على أن هذا العامل الشخصي يشترك معه عامل آخر ذو شأن جوهري هو الغاية الاجتماعية لكل حق من الحقوق وهو عامل اجتماعي يمس الحق في موضوعه<sup>(٣)</sup>.

#### التطبيقات القضائية للنظرية في فرنسا

ان نظرية سوء استعمال الحقوق من عمل القضاء فقد طبقتها المحاكم قبل أن يتعرض لها شراح القانون . ولقد طبقت المحاكم الفرنسية هذه النظرية في نواح متعددة من النشاط القانوني للأفراد والجماعات كحق الملكية وحق التفاضل والتأمينات والحقوق الناشئة عن علاقات الأسرة وحتى في انشاء

---

(١) ولقد انتقد هذا الرأي بأنه خطر في مداه ويؤدي إلى صعوبات كبيرة في تطبيقه عمليا وأنه يطلب من القاضي أكثر مما تسمح به مهمة القضاء فبمقتضاه حين على القاضي أن يعرف الوظيفة الاجتماعية لكل حق من الحقوق وهي مسألة أقرب الى السياسة منها الى القضاء . وفي ذلك ما يخرج بالقاضي عن وظيفته ( يراجع في ذلك مازو ج ١ بند ٥٧٣ و ٥٧٥ ) . ولقد حاول هذان المؤلفان أن يربحا أساس تقدير الاساءة في الحق الى نظرية الخطأ طبعا للقواعد العامة وفي رأبهما أنه مادام أن القاضي حر في تقدير ما يعتبر خطأ من غير أن يتلبد بأن يكون الفصل مشوبا بقصد الأضرار فإن هذا المقياس يكون بنأى عن الاعتراضات التي وجهت الى غيره ويقولان ان كل عمل من أعمال الانسان قابل لأن يثوبه افعال أو عدم تبصر وان هنا يسرى حتى على الأعمال التي تتخذ استعمالا لحق من الحقوق .

(٢) جوسران ( روح الحقوق ) بند ٢٩٧ . ويراجع الرد على هذا الاستنتاج في مازو ج ١ بند ٥٧٥ .

(٣) جوسران ( روح الحقوق ) بند ٢٦٦ و ٣٠٢ وما بعدها .

العقود وانهاؤها وغير ذلك من الحقوق حتى شملت أغلب الحقوق الفردية (١).  
 الا أن هذه النظرية بمجالاتها التي وصلت اليها في الفقه والقضاء الفرنسي  
 الآن لم تشمل جميع الحقوق فهناك من الحقوق ما لم تمتد اليه أحكامها  
 والسبب في ذلك يرجع الى أن مظاهر الاساءة في استعمال الحق لا تكون الا  
 اذا كانت الحقوق غير محددة تحديداً كافياً دقيقاً، فالتوسع بمجالها يهيء الفرص  
 للاساءة في استعمالها فاذا كان الحق محدداً تحديداً مادياً كافياً بالنسبة للحالات  
 التي يستعمل فيها وطرق استعماله فلا مجال للاساءة في هذا الاستعمال (٢).  
 ويذكر الشراح حقوقاً ويقولون عنها انها تخرج عن حين نظرية سوء  
 استعمال الحقوق على اعتبار أن مجرد استعمال هذه الحقوق هو الغاية التي من  
 أجلها أقرها المشرع وليس هناك تخصيص خاص لمثل هذه الحقوق يجعل  
 استعمالها مقيداً بهذا التخصيص ويقولون ان في الحدود التي وضعها المشرع  
 لهذه الحقوق ، والقيود التي قررها لاستعمالها ، ما يفي عن الالتجاء لنظرية  
 الاساءة .

والحقوق التي من هذا القبيل ليست محدودة العدد وهي دائماً في ازدياد  
 بفضل ما يقيد به المشرع استعمال الحقوق المختلفة من القيود التي لا تجعل مجالاً  
 للاساءة — (٣) ويذكر الشراح أمثلة من هذه الحقوق كحق الأصول في  
 الاعتراض على زواج أبنائهم ( مادة ١٧٩ / ١ مدني فرنسي ) وحق المرأة  
 في التنحي عن الوصاية ( مادة ٤٢٨ / ٢ مدني فرنسي ) وحق الجار في

---

(١) يراجع تحليل القضاء الفرنسي في هذا الموضوع في كتاب جورسان ( روح الحقوق )  
 من بند ١٣ إلى بند ٢٠٥ ؛ وديموج ج ٤ بند ٦٣٥ إلى ٦٦٥ ؛ وبلانيول وريير وامبان ج ٦  
 بند ٨٠ إلى ٥٩١ ؛ وبونكاز ملحق بودري ج ٣ بند ١٩٣ إلى ٢١١ ؛ ومازو ج ١ بند  
 ٥٨٢ إلى ٥٩١ .

(٢) جورسان ( روح الحقوق ) بند ١٩ ص ٢٠ .

(٣) جورسان ( روح الحقوق ) بند ٣٠٧ .

الإشتراك في ملكية الحائط المشترك (Mitoyenneté) وحق المالك في قطع جذور الأشجار التي تمتد في باطن أرضه (مادة ٦٧٣ مدني فرنسي)<sup>(١)</sup>.

## ب - في القوانين الحديثة غير القانون الفرنسي<sup>(٢)</sup>

كان للعوامل التي أثرت في الفقه والقضاء في فرنسا هذا التأثير الذي أدى إلى تطور الحقوق من الفردية المطلقة إلى أن أكسبها الصبغة الاجتماعية وما تستلزمه من تقييد الحقوق بالكيفية التي تكلمنا عنها — كان لهذه العوامل نفس الأثر في الشرائع الحديثة الأخرى ، وقد ظهر في نصوص القوانين التي وضعت بعد قانون نابليون بدرجات متفاوتة .

وتنقسم الشرائع التي من هذا القبيل إلى فريقين : فريق جعل مرد التقييد إلى استعمالها بقصد الأضرار بالغير واكتفى من النظرية الفرنسية بأحد مظاهرها ، والفريق الثاني أقرها على إطلاقها :

### الفريق الأول :

من هذه الشرائع القانون المدني الألماني الصادر في سنة ١٨٩٦ والذي عمل به ابتداء من سنة ١٩٠٠ . فنص المادة ٢٢٦ منه على أنه : لا يباح استعمال الحق إذا لم يكن له من غرض سوى الأضرار بالغير ،

"L'exercice d'un droit n'est pas permis, lorsqu'il ne peut avoir d'autre but que de causer dommage à autrui."

ومدى تطبيق هذه المادة محدود فهو مقصور على الحالة التي يكون فيها استعمال الحق بقصد الأضرار ولا يمكن أن يكون لغير ذلك . وعلى ذلك

(١) يراجع يان أوف لهذه الحقوق في جوسران (روح الحقوق) بند ٣٠٦ ؛ وبلايول وريير وإسمان ج ٦ بند ٥٧٧ .

(٢) توجد دراسة أوف لهذه القوانين في ديوج ج ٤ بند ٦٩٣ وما بعده ؛ وجوسران (روح الحقوق) بند ٢٠٦ وما بعده .

إذا تعددت الأغراض من عمل واحد وكان منها ما يخرج عن الإضرار بالغير كان استعمال الحق مباحاً ولا مسئولية على صاحبه (١).

ومن هذا القليل أيضاً القانون النمساوي فإن المادة ١٢٩٥ من القانون المدني المعدلة بالقانون الصادر في ١٩ مارس سنة ١٩١٦ تنص في فقرتها الثانية على أنه يلزم بالتعويض من يستعمل حقه بطريقة تتنافى مع الآداب وبنية ظاهرة في الإضرار بالغير (٢).

ويقترّب القانون المدني الصيني الجديد الصادر في سنة ١٩٢٩ من القانون الألماني وإن كان أكثر توسعاً في تقدير ما يعتبر إساءة، فنص المادة ١٤٨ من هذا القانون على أنه « لا يجوز استعمال الحق إذا كان الغرض الأساسي

---

(١) تراجع ديموج ج ٤ بند ٧٠٠؛ وجوران (روح الحقوق) بند ٢١٢— ويوجد عدا هذا النص نصوص متعددة وردت في الأحكام المتعلقة بالحقوق المختلفة وهي خاصة بالإساءة في استعمال هذه الحقوق، وقد أشار إليها الأستاذ ديموج (الرجع السابق)، وجوران (الرجع السابق) بند ٢١٠. وتنص المادة ٨٢٦ من القانون المدني الألماني على أن «كل من يحدث بغيره متممناً ضرراً بطريقة تتعارض مع الآداب يلزم بإصلاح هذا الضرر»:

Quiconque, intentionnellement, cause dommage à un autre, d'une manière qui porte atteinte aux bonnes moeurs, est obligé envers cet autre à la réparation du dommage.

وقد حاول بعض الفراح أن يوقفوا بين نص هذه المادة ونص المادة ٢٢٦ فمنهم من رأى أن هذه المادة الأخيرة تحدد مدى ما يقصد بالإساءة بحسب المادة ٢٢٦ (مذكور بديموج المرجع السابق)، ومنهم من يرى أن النصين يتمشىان معاً فأولهما يشمل الإساءة في استعمال الحقوق المختلفة التي حددها القانون وثانيهما خاص بالإساءة التي تحصل في القيام بالأعمال التي تعتبر من مظاهر الحرية (جوران للرجع السابق بند ٢١١)، ويرى فريق ثالث من الفراح أن لكل من المادتين نطاقاً خاصاً وأن المادة ٨٢٦ لا علاقة لها بالإساءة في استعمال الحق (مذكور بديموج المرجع السابق) ومن هنا رأى محمود فتحي في رسالته (سوء استعمال الحقوق في الفرية الإسلامية ص ٩).

(٢) جوران (روح الحقوق) بند ٢١٣.

« L' exercice d'un droit ne peut avoir pour but principal de nuire à autrui. » (١)

وقد ورد في هذا القانون تطبيقات متعددة لهذا المبدأ في مواطن متعددة من القانون المدني (٢).

### الفريق الثاني :

من الشرائع الحديثة ما كان أكثر توسعاً في الأخذ بنظرية الإساءة كقيد للحقوق الفردية من الشرائع السابق ذكرها. ومن هذا الفريق القانون المدني السويسري الصادر في سنة ١٩٠٧ فإن الفقرة الثانية من المادة الثانية منه تنص على أن القانون لا يحمي الإساءة الظاهرة في استعمال حق من الحقوق،

« L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. »

وطبقاً لهذا النص لا تقتصر الإساءة على الحالة التي يكون استعمال الحق فيها قد قصد به فقط الأضرار بالغير وإنما تعداه إلى حالات أخرى قد يتفق فيها قصد الأضرار بتاتاً ومع ذلك لا ينجو صاحب الحق من المسؤولية عن عمله إذا رأى القاضي في عمله هذا ما يعتبر إساءة من وجهة أخرى (٣).

والقانون المدني التركي الجديد الصادر في ١٤ أبريل سنة ١٩٢٦ يطابق القانون السويسري تماماً فإن المادة الثانية منه هي نفس المادة الثانية من القانون

---

(١) النص الفرنسي ترجمه عن اللغة الصينية Ho Tchang—Chan وطبع في باريس سنة ١٩٣٠ وبه مقدمة بقلم Foo Ping—Cheung .

(٢) تراجع النعمة المشار إليها في الهامش السابق ص ٢٩ — والظاهر أن المصراع الصيني عند ما وضع هذه المادة تنبه إلى التقيد الذي وجهه البعض إلى المادة ٢٢٦ من القانون المدني الألماني لفرضها المسؤولية على الحالة التي لا يمكن أن يكون لاستعمال الحق فيها من غاية سوى الأضرار بالغير ، ولذلك صاغ عبارة المادة ١٤٨ من قانونه بكيفية جعلتها تشمل الحالات التي يحاول فيها صاحب الحق إخلاله بقصده السعي من الأضرار بالغير بالتمسك بمنفعة مثيلة له .

(٣) جوسران ( روح الحقوق ) بند ٢١٥ .



المدنى السويسرى مع اختلاف بسيط فى صياغة الفقرة الثانية منها فى  
القانون المدنى التركى :

"L'abus d'un droit qui porterait préjudice à un tiers n'est pas protégé par la loi."

ومؤدى النصين واحد ؛ فان القيد الذى أضافه المشرع التركى ، وهو  
اشتراط أن يكون هناك ضرر أصاب الغير ، مفهوم ضمناً فى المادة السويسرية  
من غير حاجة الى النص عليه ، واسقاط وصف «ظاهر» manifeste الذى نعتت  
به الاساءة فى المادة السويسرية من النص التركى لا يؤثر فى أصل القاعدة<sup>(١)</sup> .  
إلا أن النص الوارد فى هذين القانونين اقتصر على ذكر الاساءة ، ولم  
يبين القانون ما يعتبر اساءة وما لا يعتبر كذلك ، أى أن مقياس تحديد  
الاساءة ترك للقضاء ليقرره بحسب الظروف . وقد أدى ذلك الى قلق بعض  
المؤلفين من ترك هذه السلطة التحكيمية للقضاء<sup>(٢)</sup> .

وليس من هذه القوانين ما يشير بعبارة صريحة إلى تقييد الحقوق بالغرض  
الاجتماعى منها ، ولكن المشروع الفرنسى الايطالى لتوحيد قواعد القانون  
فما يتعلق بالالتزامات والعقود نص على ذلك صراحة فى المادة ٧٤ منه التى  
تنص على أن : « كل خطأ يتسبب عنه ضرر للغير يوجب مسئولية فاعله  
عن تعويضه » .

وكذلك يلزم بالتعويض من تسبب فى احداث ضرر بالغير بتجاوزه  
فى استعمال حقه حدود حسن النية أو الغرض الذى من أجله منح الحق<sup>(٣)</sup> .

---

(١) ولقد تعرض المشرع التركى للاساءة فى بعض الحقوق عند التكلم عليها ومثال ذلك  
المادة ٢٧٤ من القانون المدنى الخاصة باساءة أى الأبوين سلطته على ولده والمادة ٤٧٧ الخاصة  
باساءة الوصى سلطته على القاصر .

(٢) ديموج ج ٤ بند ٧٠١ .

(٣) لم يشر تقرير أصل القاعدة من الجدل عند تحضير هذه المادة ما أثارته صياغة عبارة

"Toute faute qui cause un dommage à autrui oblige celui qui l'a commise à la réparer.

Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant, dans l'exercice de son droit, les limites fixés par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré."

فاذا نفذ هذا المشروع كان في ذلك تطبيق تشريعي للرأى الذى يجعل مقياس الاساءة فى موافقة العمل للغرض الذى منح الحق من أجله أو مخالفته له .

### ج - فى القانون المصرى

استمد المشرع المصرى أحكام قوانين المحاكم المخلطة فى سنة ١٨٧٦ والأهلية فى سنة ١٨٨٣ من القانون الفرنسى فكان من الطبيعى أن لا يكون للحقوق التى تقررها هذه القوانين من المدى أكثر مما يقرره أصلها الفرنسى. (١) ولقد أقرت المحاكم المصرية نظرية سوء استعمال الحقوق كما طبقها القضاء الفرنسى. (٢) إلا أن المنازعات التى طرحت على القضاء المصرى وعرض فيها

---

الفقرة الثانية منها — وقد هجر واضعو المفعول التعبير الجارى وهو اساءة استعمال الحق "abus du droit" لأنه يصير مبهم يتناقض لفظاه ؛ (راجع التقرير الرسمى عن المفعول من ٨٥ LXXXV) — وراجع ما ذكر بصحيفة ٦ هامش رقم (٢) .

(١) قالت بذلك صراحة محكمة الاستئناف المخلطة فى حكمها الصادر فى ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٣ برئاسة المستشار « موريوندو » وذلك بمناسبة الكلام فى حق الملكية فقالت ما نصه :

"Qu'en effet du caractère vague et général des dispositions qu'ont défini le droit de propriété et la responsabilité civile à naître en dehors des contrats (art. 27 et 212), l'on ne saurait raisonnablement déduire une intention d'attribuer au droit de propriété un caractère plus absolu que celui qui est reconnu par la généralité des législations étrangères ou par le droit français dont les codes égyptiens se sont plus particulièrement inspirés."

المجموعة الرسمية المخلطة من ٢٨ من ٢٩٥ .

(٢) ومع ذلك فقد قصرت محكمة الاستئناف المخلطة تطبيق هذه النظرية على الأحوال

تطبيق هذه النظرية لم تكن من التنوع بحيث تتيح فرصة تطبيقها في كل الحقوق التي طبقها فيها القضاء الفرنسي؛ فقد اقتصر عرضها في مصر على حق الملكية، وحق التقاضي وما يتبعه من الاجراءات القانونية، وحق الوكيل في التنحي عن الوكالة، وحق الحكومة في فصل كبار الموظفين، وحق رب العمل في تسريح عماله، وبعض الحقوق المتفرعة عن علاقة الاسرة. ومع ذلك فان للقضاء المصري في هذا الموضوع — خصوصاً القضاء الاهلي — مجالاً خاصاً يختلف فيه عن القضاء الفرنسي. ذلك أن هذا الأخير يطبق قانوناً واحداً متحد القواعد منسجم الأحكام مما يجعل القواعد العامة التي يقرها في أمر من الأمور تسرى على كل المعاملات القانونية التي يعرض أمرها عليه. والحال على غير ذلك في مصر فكثيراً ما يعرض على القضاء المصري حالات يكون مرجعه في الفصل فيها قوانين الأحوال الشخصية خصوصاً الشريعة الاسلامية ولهذا أحكامها التي كثيراً ما تخالف القواعد التي يقرها القانون المدني في أمر من الأمور. ويظهر ذلك بنوع خاص عند البحث في مدى حق من الحقوق التي تحكمه قواعد الشريعة الاسلامية كحقوق الزوجية فانه يكون من المتعين الرجوع لأحكام الفقه الاسلامي لأنه هو القانون الواجب الاتباع في مثل هذه الأمور. ومن أجل هذا كان من المتعين البحث في مدى الحقوق في الشريعة الاسلامية عموماً ومدى كل حق من الحقوق التي تخضع لأحكامها بصفة خاصة لتعرف حد الاباحة وما يعتبر إساءة لا يقرها الشرع الاسلامي وبالتالي القانون المدني.

---

التي لا يكون فيها اتفاق بين الطرفين كما يحدث في اجارة الأشياء عند الاتفاق على تحديد أجل الإيجار (وهي المسألة موضوع الحكم)، فلا يمكن تطبيق نظرية الاساءة على المالك الذي يبنه على الستأجر باخلاء العين المؤجرة عند انتهاء مدة الاجارة المبرومة بالقد. (استئناف مخطئ في ٣٠ مارس سنة ١٩٢٦، «جازت» س ١٧ من ٢٤ رقم ٢٦).

وفي مسائل القانون المدني العامة<sup>(١)</sup> يكاد يتفق القضاء المصرى مع القضاء الفرنسى كما قدمنا فى الأحكام التى قررها من حيث مدى استعمال الحقوق وما يعد إساءة فى استعمالها<sup>(٢)</sup>.

فالمحاكم المصرية (المختلطة والأهلية) لا تقر صاحب الحق فى استعماله لحقه إذ لم يكن له قصد من ذلك سوى الاضرار بالغير وبغير أن يكون له مصلحة فى استعماله<sup>(٣)</sup>. وتذكر الأحكام التى من هذا القبيل الحالتين ( حالة قصد

---

(١) قصرنا الكلام فى هذه المقدمة على تطبيق القضاء المصرى لنظرية إساءة استعمال الحقوق فى الحقوق المستمدة من القانون المدنى ولقد أرجأنا الكلام على تطبيقاتها فى الحقوق الناشئة عن علاقات الأسرة منأ لتكرار وحتى يمكن مجملها بعبء من التوسع فى المكان المناسب لكل منها .

(٢) أقر القضاء المصرى المخطط والأعلى التصير الفرنسى « abus de droit » ومردفه العربى « إساءة استعمال الحق » الا أن بعض المحاكم الأهلية يستبدل به عبارة « الاعتساف فى استعمال الحق » ومنها من استعمل عبارة « الاسراف فى الحق » ( من هذا الفريق الأخير استئناف مصر الأهلية فى ١٩٢٧/١/٢٢ المجموعة الرسمية س ٢٨ من ٧٢ رقم ٤٥ ؛ والاسكندرية الابتدائية الأهلية فى ٢٢/١٠/٢ المجموعة الرسمية س ٣٤ من ٩٠ رقم ٤٦ ).

(٣) محكمة الاسكندرية المختلطة فى ٦ فبراير سنة ١٩٢٦ ومحكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ مارس سنة ١٩٢٦ ( استئناف الحكم السابق ) ( جازت س ١٧ من ٢٤ رقم ٢٦ ) — محكمة مصر الجزئية المختلطة ٢٤ يويه سنة ١٩٢٩ ( جازت س ٢٠ من ١٦٦ رقم ١٥٤ ) — محكمة بنى سويف الجزئية الأهلية فى ٣ مايو سنة ١٩٢١ ( المحاماة السنة الثانية من ٤٠٣ رقم ١٢٩ ) — أجا الجزئية ٧ يناير سنة ١٩٢٥ ( المحاماة س ٥ من ٧٧٣ رقم ٦٢٨ ) — أسبوط الابتدائية الأهلية فى ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ ( المحاماة س ٥ من ٧٦٠ رقم ٦٢٣ ) — أسبوط الابتدائية الأهلية فى ٤ يناير سنة ١٩٢٨ ( المحاماة س ٩ من ١٠٨ رقم ٦٩ ) ؟ وقد انصرت المحكمة فى هذا الحكم الأخير على ذكر استعمال الحق لمجرد لوضاء الرغبة فى الاضرار بالغير — مصر الكلية الأهلية ٧ مايو سنة ١٩٣٠ ( المحاماة س ١٣ من ٥٠١ رقم ٢٨٥ ) — الزقازيق الكلية الأهلية فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ ( المحاماة س ١٠ من ١٨٠ رقم ٩٢ ) — المنيا الكلية الأهلية ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣١ ( المحاماة س ١٢ من ١٠١٤ رقم ٥٠٨ ) — استئناف مصر فى ٢٢ يويه سنة ١٩٣١ ( المحاماة س ١٢ من ٤٤٣ رقم ٢٢٢ ) — الاسكندرية الابتدائية الأهلية فى ١٢ أكتوبر سنة ١٩٣٢ ( المجموعة الرسمية س ٣٤ من ٩٠ رقم ٤٦ ) .

الأضرار وحالة انتفاء المصلحة) باعتبارهما متلازمين. والواقع هو أن انتفاء المصلحة في استعمال حق من الحقوق يدل في الظاهر على أن القصد من هذا الاستعمال الذي يضر بالغير هو مجرد إحداث الضرر.

وقد أخذت محكمة النقض والإبرام المصرية بهذا المبدأ بهدف حق الجواب عن الدعوى بأن قررت « أن الإجابة على الدعوى بانكارها هي في الأصل حق مشروع لكل مدعى عليه يقتضى بها إلزام خصمه بإثبات مدعاه فإن سعى بانكاره في دفع الدعوى وخاب سعيه لحسبه الحكم عليه بالمصاريف بالتطبيق لنص المادة ١١٤ من قانون المرافعات — أما إذا أساء المدعى عليه استعمال هذا الحق بالتقاضي في الإنكار أو بالتغالي فيه أو بالتحيل به ابتغاء مضارة خصمه فإن هذا الحق ينقلب عندئذ مخبة تجوز للمحكمة الحكم عليه بالتعويضات في مقابلة المصاريف الناشئة عنه والمترتبة عليه بالتطبيق للمادة ١١٥ من قانون المرافعات » (١).

ولم تقتصر حالات الإساءة كما طبقها القضاء المصري على استعمال الحق بقصد الأضرار بل قضت المحاكم بأن استعمال الحق بغير مصلحة لصاحبه يعتبر إساءة تستوجب رفع الضرر (٢). ويكون الحكم كذلك ولو اتفق قصد الأضرار وإنما وقع من المالك في استعمال حقه إهمال ترتب عليه هذا الضرر (٣).

---

(١) هـش مصرى أهلى ( البائرة المدنية والتجارية ) فى ٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ( ملحق العدد الأول من السنة الرابعة من مجلة القانون والاقتصاد ص ٤ ). وتراجع المادة ٣٠ من المرسوم بجانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٣١ بإنشاء محكمة النقض والإبرام؛ والمادة ١٢٠ مرافعات مختلط القابلية للمادة ١١٥ أهلى — ويقال الأستاذ فيزيوز Vizios الملحق بمجلة مصر القضائية عدد ٦٥ فى ٢١ يناير ١٩٣٤ .

(٢) استئناف مختلط فى ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ ( جازت ص ٢٠ من ١٧٩ رقم ١٦٦ ، بلتان ص ٤٢ من ٢٧ ) .

(٣) أسيوط الابتدائية الأهلية فى ١٦ مارس سنة ١٩٢٥ والسابق الإشارة إليه. وفى هذا المعنى أيضا حكم الاستئناف المختلط الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ ( جازت ص ١٥ من ٨٦ رقم ١٢٦ ) .

أو كان لدى صاحب الحق أكثر من طريق لاستعمال حقه فاختر الطريق الذى يضر بغيره من غير أن يكون له فى ذلك مصلحة خاصة (١).  
ومن المحاكم ما اتخذت مقياس الاستعمال المباح للحق فى مطابقته للغاية التى من أجلها قرر الحق. وهذا ماقرته محكمة استئناف مصر الأهلية بدوائرها المجتمعة فيما يتعلق بحق الحكومة فى فصل كبار الموظفين بغير إحالتهم للمحاكمة التأديبية فقد قررت أن هذا الحق مقيد بحسن استعماله فى حدود المصلحة العامة فإذا ما تجاوزت الحكومة هذه الحدود بأن وجهت أعمالها إلى غير هذه الغاية وكانت الدواعى التى دفعها إلى مثل هذا التصرف لا يقصد بها إلى المصلحة العامة كإرضاء غرض شخصى أو شهوة حزبية عد هذا العمل غير مشروع وخارجاً عن دائرة القانون ولا يمكن اعتباره أساساً لآى حق يبرر تصرف السلطة الإدارية وللوظف فى هذه الحالة الحق فى طلب ما يستحقه من التعويض بسبب ما وقع عليه من الضرر الناشئ من سوء استعمال الحكومة لسلطتها وعليه أن يثبت أن الحكومة أساءت استعمال هذا الحق ... الخ (٢).  
وقد وضعت بعض الأحكام مقياساً للأساءة مغايراً لكل ما تقدم وهذا المقياس هو « الضرر الفاحش » الذى يصبى الغير. وقد قيل بهذا المقياس

(١) استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ (جازت س ٢١ ص ١٩٧ رقم ٢٢٤ ، بلفان س ٤٣ ص ٧٨).

(٢) حكم الدوائر المجتمعة لمحكمة استئناف مصر فى أول مارس سنة ١٩٢٨ (المطامدة س ٨ ص ٧٥٠ رقم ٤٥٩). وليس هذا الحكم هو الوحيد الذى نظر إلى الحكمة التى يشدها للفرع من الحق كقياس لحسن استعماله ؛ فمن الأحكام ما أشار إلى ضرورة استعمال الحق بطريقة تنفق « مع الأغراض الاجتماعية المنشودة من تحرير الحق فى ذاته » (حكم محكمة الترافيق الكلية الأهلية فى ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ السابق الإشارة إليه) ، ومنها ما وصفت « الاعتساف فى استعمال الحق » بأنه « خروج عن أغراضه الاجتماعية الجدية » (حكم محكمة مصر الكلية الأهلية الصادر فى ٧ مايو سنة ١٩٣٠ والسابق الإشارة إليه) — وراجع أيضاً من هذا القبيل حكم محكمة الاستئناف المختلط الصادر فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ والسابق الإشارة إليه).

عند الكلام في حق الملكية فقررت محكمة استئناف مصر أن ، للبالك ان يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه فيعلى جائطه وينبى ما يريد ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضرراً فاحشاً<sup>(١)</sup> . وقد تأثرت المحاكم التى قالت بهذا الرأى بقواعد الفقه الاسلامى<sup>(٢)</sup> .

- 
- (١) استئناف مصر فى ٢٦ ابريل سنة ١٩٢٢ (المقامة س ١٣) ص ٣٠١ رقم ١٣٣ ؛ وحكم الاستئناف المخطط فى ٣٠ ابريل سنة ١٩٠٣ السابق الاشارة اليه .  
(٢) تراجع المادتان ٥٧ و ٥٩ من مرشد الحيران لقدرى باشا . وقد أشار حكم الاستئناف المخطط المشار اليه بالعامش السابق الى أحكام الفريضة الاسلامية كأساس لما قرره .
-

## الفصل الثاني

في مدى استعمال الحق وما يتقيد به

في الشريعة الإسلامية

قدما ما يدل على أن الفكرة الأساسية التي قامت عليها الحقوق في التشريع الحديث ترجع إلى أن الإنسان يكتسب الأهلية القانونية بمجرد ميلاده باعتباره إنساناً ، وأن مهمة الهيئة التشريعة تقتصر على إقرار هذه الأهلية ، فهي تقرر الحقوق ولا تخلقها . ومقتضى ذلك هو أن تكون الحقوق الفردية أميل إلى الاطلاق منها إلى التقيد .

والشريعة الإسلامية — بحكم كونها تشريعاً دينياً يرمى إلى ما يضمن للإنسان سعادة الدارين — تختلف في نظرتها إلى الحقوق عن التشريعات الوضعية الحديثة . فهي تنظر إليها نظرة دينية بحجة أساسها أن الإنسان باعتباره عبداً مخلوقاً لا يملك حقاً من الحقوق ولكن شامت إرادة الخالق جل وعلا أن يجعل له ما شاء من الحقوق فضلاً منه ونعمة ؛ وبذلك كان الحق منحة إلهية .<sup>(١)</sup> وعلى وفق هذا الأساس الديني قسم فقهاء الشريعة الأفعال بالنسبة إلى حق الله وحق الإنسان إلى ما هو حق لله خالص كالعبادات ، وما هو مشتمل على حق الله وحق الإنسان والمغلب فيه حق الله ،<sup>(٢)</sup> وما اشترك فيه الحقان

---

(١) يراجع مقال الأستاذ أحمد إبراهيم بك في مدى استعمال الحق وما يتقيد به في العريفة الإسلامية بمجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الثالث من ٣ عمود ١ .

(٢) وقد مثّلوا لذلك بحمد الخلف وذلك أن حق الله فيه غالب حيث أنه جزاء هتك حرمة الصالح فيفيد تهماً أي صون العالم عن الفساد وحق الإنسان فيه من حيث إزالة طار المغذوف . يراجع في ذلك شرح نور الأنوار على المنار الجزء الثاني من ٢١٦ ، وحاشية الكسكوي للمساهة بجمهر الأضمار على هامشه .



وحق الانسان فيه هو المذهب<sup>(١)</sup>. ومن الفقهاء من يذكر نوعاً رابعاً من الحقوق على أنها حقوق للعباد خالصة وتشمل ما يتعلق به مصلحة دينية (خاصة) كحرمة مال الغير<sup>(٢)</sup>. إلا أن هذا النوع من الحقوق لا يخلو من حق لله تعالى . فهي من حقه تعالى على النظر الكلى لأن الشريعة مبنية على بيان وجه الشكر في كل نعمة ونيان وجه الاستمتاع بالنعمة مطلقاً<sup>(٣)</sup>. وفيها أيضاً حق لله تعالى من جهة وجه الكسب<sup>(٤)</sup> ووجه الانتفاع ؛ لأن حق الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً ولا خيرة فيه للانسان فهو حق لله تعالى صرفاً في حق الغير حتى يسقط حقه باختياره في بعض الجزئيات لا في الأمر الكلى ، ونفس المكلف أيضاً داخلة في هذا الحق إذ ليس له التسليط على نفسه ولا على عضو من أعضائه بالاتلاف<sup>(٥)</sup> - وبذلك يتعلق بأفعال الانسان حق لله من وجهين : أحدهما من جهة الوضع الكلى الداخلة تحت الضروريات ، والثاني من جهة الوضع التفصيلي الذي يقتضيه العدل بين الناس وإجراء المصلحة على وفق الحكمة البالغة . وفيه حق للانسان من وجهين : أحدهما جهة الجزاء الأخرى من ثواب عليه أو عقاب من أجله ، والثاني جهة أخذه للنعمة على أقصى كمالها فيما يليق بالدنيا<sup>(٦)</sup>.

ويؤخذ من كل ما تقدم قاعدتان على جانب كبير من الأهمية في تقرير مدى استعمال الحقوق وهما : -

- 
- (١) إراجع المواقات للشاطي ج ٢ ص ٣١٧ و ٣١٨ - ٣٢٠ .
  - (٢) إراجع شرح المنار وحاشيته المشار اليهما في الماشر رقم ٢ ص ٢٤ .
  - (٣) ولذلك لا يجوز تحريم ما أحل الله من الطيبات ، وقد قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ... » الآية .
  - (٤) بالثواب عليه أو العقاب من أجله .
  - (٥) المواقات للشاطي ج ٢ ص ٣٢١ و ٣٢٢ .
  - (٦) المواقات المرجع السابق ص ٣٢٢ و ٣٢٣ .

أولاً — ان كل عمل من أعمال الإنسان حتى ما يقوم به باعتباره حقاً خالصاً له يؤدي عنه حساباً من الناحية الدينية — ولها كل الاعتبار بحسب الشريعة الإسلامية — بحيث يكون له أجره أو عليه وزره. (١)

ثانياً — أن حق الغير محافظ عليه شرعاً ولوعند استعمال الإنسان لخالص حقه بحيث صار هذا الحق غير مطلق بل هو مقيد بما سن له ورسم حتى لا يكون فيه اعتداء على حق الغير. (٢)

\*\*\*

وقد كان تقرير هذا المبدأ الأخير أساساً للتفرقة في النتيجة الشرعية للأعمال التي يقوم بها الإنسان استعمالاً لخالص حقه؛ ذلك أن العمل الذي يفعله الإنسان سواء كان لطلب مصلحة له أو دواء مفسدة عنه وكان مأذوناً فيه (أى كان من حقه عمله) قد يترتب عليه ضرر للغير وقد لا يلزم عنه إضرار بأحد. فإذا كان هذا العمل لا يلزم عنه إضرار بأحد فالعمل صحيح ويبقى على أصله من الإذن ولا إشكال في ذلك. (٣) وليس الحال كذلك إذا كان هذا الفعل يترتب عليه ضرر للغير؛ فقد تواترت الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تأمر بالعدل والإحسان من جانب، وتنهى عن الإضرار بالغير من جانب آخر. فمن ذلك قوله تعالى: «إن الله يأمر بالعدل والإحسان» (٤)، وقوله تعالى: «كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين» (٥)، وقوله تعالى: «الطلاق

(١) يراجع في ذلك آباء علوم الدين للقرائى ج ٢ ص ٧٩.

(٢) يراجع المواظفات المرجع السابق ص ٣٢٣ هامش رقم ٣.

(٣) المواظفات للشاطبي ج ٢ ص ٣٤٩ — الا أننا نذكر هذا المبدأ هنا إجمالاً لأن العمل إذا لم يكن مضرراً بأحد فليس صحيحاً إطلاقاً فقد يكون باطلاً في بعض الصور كما لو كان مخالفاً للحكمة التي من أجلها قرر الحق الذي فعل العمل تطبيقاً له وسيأتى بيان ذلك.

(٤) سورة النحل آية رقم ٩٠، ويراجع تفسيرها في البيضاوى ص ٣٦٤.

(٥) سورة البقرة آية رقم ١٨٠، ويراجع تفسيرها في البيضاوى ص ٣٧؛ والكشاف ج ١.

مرتان فامسك بمعروف أو تسريح باحسان<sup>(١)</sup>، وقوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف »<sup>(٢)</sup> — فهذه الآيات وكثير غيرها تأمر بالاحسان . وفوق ذلك فقد نهى سبحانه وتعالى عن الاضرار في مواضع كثيرة ومن ذلك قوله تعالى « من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار »<sup>(٣)</sup>، وقوله تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون »<sup>(٤)</sup>، وقوله تعالى « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا »<sup>(٥)</sup>، وغير ذلك من الآيات التي تنهى عن الاضرار بالغير — ومن هذا القبيل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا ضرر ولا ضرار »<sup>(٦)</sup> . ويدل ذلك على أن إحداث الضرر ممنوع شرعاً .

ص ٢٤٧ ؛ والجامع لأحكام القرآن ج ٢ ص ٢٣٩ وما بعدها خصوصاً ص ٢٤٧ آخر الصحيفة .

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٢٩ ، وراجع تفسيرها في البيضاوى ص ٥٠ .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٣١ ، وراجع تفسيرها في البيضاوى ص ٥١ .

(٣) سورة النساء الجزء الأخير من الآية رقم ١٢ ، وراجع تفسيرها في البيضاوى ص ١٠٥ .

و ١٠٦ — وراجع كتاب محمود قصي في نظرية سوء استعمال الحقوق في الفريضة الإسلامية ص ١٠٨ وقد أورد آخر الآية خطأ بأن استبدل كلمة رحيم بكلمة حليم .

(٤) سورة البقرة آية رقم ١٨٨ ، وراجع تفسيرها في البيضاوى ص ٤٠ ؛ والجامع لأحكام

القرآن ج ٢ ص ٣١٧ وما بعدها .

(٥) سورة البقرة آية رقم ٢٣١ ، وراجع تفسيرها في البيضاوى ص ٥١ .

(٦) راجع اسناد هذا الحديث في كتاب جامع العلوم والحكم لابن رجب المنجلي ص ٢١٩ .

— وقد جاء في لسان العرب عن اللحن القوي لهذا الحديث أن « لكل واحد من القائلين معنى غير الآخر فمضى قوله لا ضرر أى لا يضر الرجل أخاه وهو ضد النفع وقوله ولا ضرار أى لا يدخل الضرر على الذى ضره وهمل عن ابن الأثير قوله لا ضرر أى لا يضر الرجل أخاه فيقتضيه شيئاً من حقه والضرار فعال من الضرر أى لا يجازيه على اضراره بإدخال الضرر عليه والضرر فعل الواحد والضرار فعل الاثنين والضرر اجتداء الفعل والضرار الجزاء عليه — وقيل الضرر ما تضر به صاحبك وتنفع أنت به والضرار أن تضره من غير أن تنفع وقيل هما بمعنى واحد وتكرارهما للتأكيد — راجع لسان العرب الجزء السادس ص ١٥٣ ؛ وابن رجب ص ٢٢١ ؛ ومقال الأستاذ أحمد إبراهيم بك السابق الإشارة إليه .

على أنه ليس كل ضرر بممنوع فانه يخرج من الحظر بداهة الضرر الذى يصيب من يستحقه شرعا ، اما لكونه تعدى حدود الله فيعاقب بقدر جرمته أو كونه ظلم غيره فيطلب المظلوم مقابله بالعدل فهذا غير مراد قطعاً وإنما المراد إلحاق الضرر بغير حق،<sup>(١)</sup> وحتى مع استبعاد هذه الصورة من الضرر فليس كل ضرر ينتج عن استعمال الانسان لحقه بممنوع شرعا ويقيد صاحب الحق فى استعماله لحقه؛ وإنما لفقهاء الشريعة فى ذلك تفصيل يختلف بحسب الباعث الذى يدعو صاحب الحق لاستعماله والنتيجة التى يودى إليها هذا الاستعمال .

وأول ما يرد للذهن فى هذا المقام هو أن يستعمل صاحب الحق حقه لمجرد الأضرار بالغير؛ وفى هذه الصورة يمنع صاحب الحق من استعمال حقه لأنه لا إشكال فى منع القصد إلى الأضرار من حيث هو إضرار<sup>(٢)</sup> . والنص على ذلك صريح فى القرآن والسنة كما تقدم — ومن التطبيقات على هذا المبدأ ما أشرنا إليه من منع المضارة فى الوصية بقوله تعالى « من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار »؛ وقد فسر الأضرار المشار إليه فى هذه الآية بأنه الأضرار بالورثة بالإيصال بما يزيد على الثلث أو أن يقصد الموصى مضارهم بالوصية لغير الأقارب أو الأسراف فى الوصية وكذلك إقرار الشخص بدين لا يلزمه بقصد مضارة ورثته<sup>(٣)</sup> . ومن قبيل ذلك أن يتبرع من استغرقت

(١) « جامع العلوم والحكم » للرجع السابق ص ٢٢١ .

(٢) للوائحات الشافعي ج ٢ ص ٣٤٩؛ و« جامع العلوم والحكم » ص ٢٢١ .

(٣) راجع الكشف ج ١ ص ٣٥٥؛ واليضأوى ص ١٠٥ و ١٠٦؛ و« جامع العلوم والحكم » ص ٢٢١ حيث ذكر عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال ان الأضرار فى الوصية من الكبائر وبعد أن أورد معنى الأضرار فى الوصية وتحريم ذلك أشار الى الجزاء الشرعى لهذا الأضرار على فرض وقوعه فقال بأن ما يزيد على الثلث يرد الى الثلث إطلاقاً أى سواء قصد المضارة أو لم يقصد ما لو أوصى لأجنبي بالثلث بقصد مضارة ورثته فانه يأثم وترد الوصية على رأى .

الديون ماله بما يضر بأرباب الديون فهذا التبرع لا يصح سواء جبر عليه الحاكم أو لم يجبر. (١) ولهذا المبدأ تطبيقات أخرى كثيرة في حقوق الزوجية أرجأنا ذكرها إلى موضعها من البحث منعاً للتكرار. (٢)

هذا إذا كان الفعل مقصوداً به مجرد الاضرار بالغير. أما إذا اصطحب قصد الاضرار بقصد نفع النفس من جلب مصلحة أو درء مفسدة كمن يرخص في سلعته قصداً لطلب معاشه وصحبه قصد الاضرار بالغير فحقه تفصيل؛ ذلك أن صاحب الحق إذا كان له وجه آخر في استيفاء حقه يحصل به مقصوده ولا ضرر على الغير منه فيلزم باتباع هذا السبيل ويمنع من فعل ما يضر بالغير لأن اتيانه العمل الذي يضر بالغير في هذه الحالة يعد قرينة ظاهرة على أنه يرمى إلى الاضرار إذ لا ضرر عليه من اتباع الطريق الذي لا يضر بغيره. وأما إذا لم يكن لديه سبيل آخر لاستيفاء حقه ولم يكن له محيص عن تلك الجهة التي يستضر منها الغير ففي هذه الصورة يكون له أن يفعل ما هو من حقه ومع ذلك يمنع من قصد الاضرار بمعنى أنه يكلف بنى قصد الاضرار (٣) والا كان عليه أثم ما قصد ديانة (٤). ومن التطبيقات العملية لهذا المبدأ ما قيل في بيع المضطر وهو أن يتنزه شخص فرصة اضطرار آخر لشيء فيبيعه إياه بغير فاحش بما لا يتعابن فيه الناس فهذا البيع ممنوع (٥). ومن قبيل ما ذكرناه أيضاً أن يستعمل صاحب الحق حقه بما يتعدى ضرره إلى غيره ويكون الاستعمال على غير الوجه المعتاد، فإن صاحب الحق في هذه

(١) وهذا على مذهب الإمام مالك وهو أصح المذاهب في هذا الموضوع. راجع اعلام الموقعين الجزء الرابع ص ٦.

(٢) تراجع رسالة قضى ص ٢٣٥ وما بعدها.

(٣) والفرق هنا أنه يكلف بنى قصد الاضرار لا الاضرار ببينه.

(٤) راجع في ذلك المواقات ج ٢ ص ٣٤٩.

(٥) راجع في ذلك «جامع العلوم والحكم» المرجع السابق ص ٢٢٢.

الحالة يضمن الاضرار التي تلحق بهذا الغير. وقد مثلوا لذلك بمن يؤجج في أرضه نارا في يوم عاصف فيحرق ما يليه فانه يعتبر متعديا وعليه الضمان<sup>(١)</sup>، وكذلك من يكثرى دابة فيركبها ركوبا لا تركبه الدواب فهلكت فعليه الضمان<sup>(٢)</sup>.

ومن الصور التي تقترب من استعمال الحق بقصد الاضرار صورة ما اذا استعمل الانسان حقه من غير أن يكون له في ذلك مصلحة وترتب عليه ضرر للغير؛ فنفس ذلك يمنع صاحب الحق من استعماله لحقه لانه يعتبر مسيئا<sup>(٣)</sup>. والظاهر أن هذا الحل يرجع الى أن أفعال المكلف لا بد وأن تكون لقصد مخصوص ولا يمكن أن تكون لغير قصد لان هذا عبث لا يصدر من عاقل فان تعين أنها لقصد فاما أن يكون هذا القصد جلب منفعة أو دمه مضرة وسيأتي حكم ذلك واما أن يكون لقصد الاضرار بالغير وقد تقدم حكمه. فاذا نظرنا الى حالة استعمال الحق حيث لا ينتج عنه فائدة لصاحبه وترتب عليه ضرر بالغير فهذا الفعل من جانب صاحب الحق أقرب الى قصد الاضرار منه الى أي قصد آخر بل يكاد يكون قرينة قاطعة على أن صاحب الحق يقصد مجرد احداث الضرر لانه لا يجلب نفعا ولا يدفع ضررا. وقد ورد تطبيق هذه القاعدة في النصب؛ فان الأصل هو أن الغاصب له أن ينزع ما أضافه الى العين المنصوبة ويردها لصاحبها بالحالة التي كانت عليها وقت النصب والقياس يقتضى اطراد هذا الحل في جميع الحالات ولو لم يكن للغاصب منفعة من عمله هذا. الا أن المبدأ الذي ارتضاه الفقهاء أخيرا هو أن كل ما لا ينتفع الغاصب به اذا قلعه أو أزاله فهو للغصوب، وبذلك

(١) يراجع في ذلك « جامع العلوم والحكم » المرجع السابق ص ٢٢٣ .

(٢) الام للشافعي ج ٣ ص ٢٥٠ .

(٣) تراجع رسالة قتيبي ص ٢٢٩ وما بعدها .

لا يكون للغاصب أن يقلعه أو يزيله<sup>(١)</sup>. ومن ذلك ما لو بنى شخص أو غرس في أرض غيره بأذنه واتفق الاجل فله أن يقلع غراسه ويهدم بناءه أن لم يدفع له صاحب الأرض قيمة تقضه وغراسه مقلوعاً. إلا أنه إذا لم يكن للباني أو الغارس منفعة في تقض ما بناء أو قلع ما غرسه فليس له أن يفعل ذلك<sup>(٢)</sup>. ومن ذلك أيضاً ما قرره الفقهاء من أن حبس المدين الذي يتمتع عن وفاء دينه بناء على طلب دائته مشروط بأن يكون المدين موسراً لانه في هذه الحالة تتحقق الفائدة من الحبس وهو اكراهه على اظهار ما يخفى من أمواله فيوفي دائته حقه، فإذا ثبت اعسار المدين فلا يجاب الدائن لطلبه حبس مدينه لعدم الفائدة من ذلك<sup>(٣)</sup>. ونجد تطبيقاً آخر لهذا المبدأ في دعوى القسمة فإن القاعدة هي أن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحد الشريكين وذلك إذا كان كل من الشريكين ينتفع بنصيبه إذا ما قسم، أما إذا كان أحدهما ينتفع بالقسمة والآخر يستنصرها لقله نصيبه فانه لا يجوز لصاحب القليل أن يطلب القسمة لأنه يعتبر متعنتاً في طلبه<sup>(٤)</sup>.

وأما إذا لم يقصد صاحب الحق باستعمال حقه مضرة أحد وكان الفعل بما ينتج عنه ضرر فقد فرقوا بين ما إذا كان الضرر الذي يحدث عاماً أو خاصاً.

#### ١ - الضرر العام :

القاعدة الشرعية هي أن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة. فإذا كان استعمال الانسان لحقه ينتج عنه ضرر عام فإن صاحب الحق يمنع من

---

(١) بداية الجشهد ج ٢ ص ٢٧٨ - وفي هذا المعنى يختصر المزي المطبوع على هامش الأم الجزء الثالث ص ٤٠ و ٤١ .

(٢) المدونة الكبرى لملك الجزء الرابع ص ٣٦٢ .

(٣) يراجع في ذلك معين الحكم ص ٢٣٣ ؛ والطرق الحسكية لابن القيم ص ٦٢ ؛ ورسالة فتحي في الموضع السابق الاشارة اليه وقد ذكر تطبيقات أخرى .

(٤) الهداية شرح بداية المبتدى الجزء الرابع ص ٣٤ .

استعماله تلافيا لهذا الضرر . ومن أمثلة ذلك بيع الحاضر للبادى وهو ممنوع بالاتفاق . وصورته أن يقدم غريب بمتاع تعم الحاجة إليه لبيعه بسعر يومه فيقول أحد أهل البلدة اتركه عندى لأبيعه لك قليلا قليلا بأعلى .<sup>(١)</sup> ومن ذلك حالة ما إذا غالى التجار في أثمان بضائعهم وتعدوا القيمة تعديا فاحشا فإنه ولو أن البيع لا يكون إلا عن تراض وصاحب السلعة حر في تحديد القيمة التي يبيعها بها إلا أنه في هذه الصورة لو ترك الأمر للتجار لنجم عن ذلك ضرر عام ومن أجل ذلك تقرر أن للحاكم أن يحدد السعر بمشورة أهل الرأى ولا فرق في ذلك بين الأقوات وغيرها دفعا للضرر<sup>(٢)</sup> . وقد اتفقت المذاهب على أن احتكار الأقوات حرام وهو أن يبتاع طعاما في الغلاء ويمسكه ليزداد ثمنه<sup>(٣)</sup> . ولولى الأمر أن يكره المحتكرين على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة

(١) يراجع في ذلك كتاب المواظفات للشافعي ج ٢ ص ٣٥٠ ؛ ورحمة الأمة المطبوع على هامش الميزان الكبرى للشعراني الجزء الأول ص ١٧٩ ؛ ويراجع كتاب الأم للشافعي الجزء الثالث ص ٨١ و ٨٢ في باب بيع الحاضر للبادى . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن تلقى الركباني وم الذين يحملون الطعام إلى البلد . والنهي لمعيانهم من الحديثة لعدم معرفتهم السعر ؛ وكذلك نهى عن بيع الحاضر للبادى . والحكمة في الأمرين واحدة — يراجع بلوغ المرام حديث رقم ٨٢٧ ص ١٦٤ وهامش رقم ٤ ؛ والطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٢٢ .

(٢) يراجع مقال الأستاذ أحمد إبراهيم بك السابق الإشارة إليه ص ٧ عمود رقم ١ — وهذا الرأى هو ما ذهب إليه الإمام مالك وهو يرى بذلك إلى سد باب الجور على الناس وقد خالف الامامان الشافعي وأبو حنيفة الإمام مالكا في ذلك وقال بعدم جواز التسمير ووجه قولهما هو سد باب التحكم على الناس في أموالهم التي لهم حق التصرف فيها كيف شاءوا ولو كثرت الفائدة — يراجع في ذلك الميزان الكبرى للشعراني ج ٢ ص ٦٠ ؛ ورحمة الأمة المطبوع على هامشه ج ١ ص ١٧٩ — والذي يظهر لنا هو أن كلا من أصحاب الرأىين نظر إلى المسألة من وجه يختلف عن وجهة نظر الفريق الثاني فمن منع التسمير نظر إليها من حيث كثرة الفائدة التي تعود على السائر وهو أمر جائز فمتسوا التسمير ونظر مالك إلى الضرر العام الذي يحدث من التحكم في الأسعار فأجاز التسمير مناهذا الضرر — ومع ذلك فقد أجاز أصحاب أبي حنيفة للسلطان أن يسر على الناس إذا كان في ذلك منع الضرر عن العامة . يراجع الطرق الحكيمة لابن القيم ص ٢٤١ .

(٣) رحة الأمة المرجع السابق الإشارة إليه .



الناس إليه <sup>(١)</sup> ومن هذا القليل أيضا ما قاله ابن قيم الجوزية من أنه ينبغي لوالى الحسبة أن يمنع اشتراك كل طائفة يحتاج الناس إلى منافهم لما في ذلك من التواطؤ على إغلاء الأجرة. وكذلك إذا تواطأت الطائفة التي تشتري نوعا من السلع أو تبيعها على أن يهضموا ما يشترونه فيشترونه بدون ثمن المثل ويبيعوا ما يبيعونه بأكثر من ثمن المثل ويقتسموا ما يشتركون فيه من الزيادة؛ فانهم لا يقرون على ذلك <sup>(٢)</sup>. والحكمة في كل ذلك هي تفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. فيمنع صاحب الحق من استعماله لحقه إذا كان يترتب عليه ضرر عام ولو لم يقصد هذا الضرر <sup>(٣)</sup>. إلا أن هذه القاعدة العامة القاضية بمنع صاحب الحق من استعماله لحقه إذا ترتب عليه ضرر عام مشروطة بأن لا يصيب صاحب الحق من منعه من استعماله لحقه ضرر لا ينجبر وإلا قدم حقه على الإطلاق <sup>(٤)</sup>. وقد مثلوا للضرر الذي لا ينجبر بما يكون فيه فقد الحياة أو عضو من أعضائه. <sup>(٥)</sup>

#### ب — الضرر الخاص :

وأما إذا كان الضرر الذي يحدث عن الفعل خاصا فإن صاحب الحق له أن يستعمل حقه إذا كان منعه من ذلك يحدث به ضرر؛ لأنه يكون محتاجا إلى فعله، كمن يسبق إلى شراء طعام أو ما يحتاج إليه وهو يعلم أن غيره يستضرر بعده وهو يستضرر إذا أخذ منه، ففي هذه الصورة يقدم حقه على حق الغير. <sup>(٦)</sup>

(١) الطرق الحسكية لابن القيم ص ٢٢٢ .

(٢) الطرق الحسكية لابن القيم ص ٢٢٥ و ٢٢٦ .

(٣) وقد نص على هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية في المادة ٢٦ ونصها : « يحمل

الضرر الخاص لدفع ضرر عام يفرض على هذا منع الطبيب الجاهل » .

(٤) الموافقات للشاطي ج ٢ ص ٣٤٩ و ٣٥٠ و هامصبارقم ١ .

(٥) تراجع الحاشية رقم ٣ من ص ٣٤٩ من الجزء الثاني من الموافقات للشاطي .

(٦) الموافقات للشاطي الجزء الثاني ص ٣٤٨ و ٣٥٠ و ٣٥٧ .

فاذا كان منع صاحب الحق عن استعماله لا يحدث به ضرراً فقيه لعلماء الشريعة الإسلامية قولان : —

الأول — وقد قال به الامامان مالك وأحمد، أن صاحب الحق يمنع من استعماله لحقه وذلك إذا كان الفعل مما يحدث عنه ضرر للغير قطعاً (والمقصود بالقطع هنا هو القطع العادي)؛ وذلك لأن صاحب الحق يعلم بلزوم المضرة بالغير من عمله ومع ذلك لا يستضر هو بتركه وفي هذا مظنة لقصد الاضرار ويرجع فعله في هذه الحالة إما إلى التقصير في استعمال حقه أو إلى قصد نفس الاضرار وكلاهما ممنوع ومن أجل ذلك يكون ممنوعاً من الفعل وأن فعله عد متعدياً بفعله ويضمن ضمان المتعدي على الجملة وينظر في الضمان بحسب النفوس والأموال على ما يليق بكل حالة (١) ومن الأحكام التي جاءت تطبيقاً لهذا المبدأ ما قيل فيمن نصب له خشب ويوضع هذا الخشب في بناء سفينة وأراد المنسوب أن يأخذ خشبه والسفينة في لجة البحر فلا يكون له ذلك لتحقيق الضرر من ذلك (٢).

وكذلك الحكم إذا كان حدوث الضرر عن الفعل غالباً لأن الظن في وقوع الضرر في هذه الصورة يجري مجرى العلم بوقوعه. وقد مثلوا لذلك ببيع ما يغش به من شأنه الغش أو بيع السلاح في وقت الفتنة وقد منعه سداً للذرائع (٣) ولكونه داخلاً في التعاون على الأثم والمعدوان.

(١) المواقف للشاطبي ج ٢ ص ٣٥٧ و ٣٥٨ .

(٢) الميزان الكبير للشمراني ج ٢ ص ٧٥ ؛ ورجحة الأمة ج ١ ص ٢٧ .

(٣) جمع خريصة وهي الوسيلة للقوة . ومعنى ذلك حسم مادة وسائل الضاد دفعاً له فحق كان الفعل السالم عن القسوة وسيلة إلى القسوة متناً . من ذلك القول . واشتهر أن القول بسد الذرائع من خصائص مذهب مالك رحمه الله ( المواقف ج ٤ ص ١٩٨ ) وقد حقق القرافي أنه متفرك بين المذاهب — تراجع رسالة الامام نجم الدين الطوفي الحنبلي المتوفى سنة ٧١٦ هـ في المصالح المرسلة والمنشورة بمجلة المنار المجلد التاسع ص ٧٤٨ حاشية رقم ٣ للششيخ جمال الدين القاسمي . وراجع ابن تيمية : «إقامة الدليل على إبطال التحليل» ص ١٣٨ وما بعدها .

المنهى عنه <sup>(١)</sup>.

وأما إذا كان أداء العمل إلى الضرر نادراً فلا يمنع صاحبه لانه لا عبرة للنادر في تقرير الأحكام <sup>(٢)</sup>. وإن كان العمل يؤدي للضرر في حالات كثيرة وليس غالباً فالبعض يقول بجوازه على اعتبار أن حدوث الضرر احتمالى فقد يقع وقد لا يقع ولا توجد قرينة ترجح أحد الاحتمالين. ويرى البعض الآخر منعه سداً للذرائع <sup>(٣)</sup>.

ومن الأفعال التي ينطبق عليها رأى هذا الفريق الأول من الفقهاء أن يفتح شخص كوة في بناءه العالى مشرفة على جاره أو يبنى بناء عالياً يشرف على جاره ولا يستره فانه يلزم بستره — وكذلك الحال فيما لو ارتفع بينائه حتى منع عن جاره الشمس أو الريح — أو يحفر بئراً بالقرب من بئر جاره فينهب ماؤها فانها تطم في ظاهر مذهب مالك وأحمد — أو يحدث في ملكه ما يضر ملك جاره من هز أو دق ونحوهما فانه يمنع منه وكذا إذا كان يضر بالسكان كما له رائحة خبيثة ونحو ذلك <sup>(٤)</sup>. ومن هذا القليل أيضاً ما تقرر من أن لصاحب السفلى في الدار المشتركة أن يحدث في سفله ما لا يضر بصاحب العلو والمدار في المنع أو الإباحة هو حدوث الضرر أو امتناعه <sup>(٥)</sup>.  
الثاني — وهو قول الامامين أبي حنيفة والشافعى — لا يمنع صاحب الحق من استعماله لحقه في صورة الضرر الخاص. ومن ذلك ما ذكر في فتح القدير،

(١) المواقات ج ٢ ص ٣٥٩ و ٣٦٠.

(٢) المواقات ج ٢ ص ٣٥٨ و ٣٥٩.

(٣) المواقات ج ٢ ص ٣٦١ وما بعدها.

(٤) يراجع كل ذلك في كتاب جامع العلوم والحكم وأمثلة كثيرة أخرى من هذا القليل تطبيقاً لهذا المبدأ ص ٢٢٣ و ٢٢٤ — وتراجع المدونة الجزء الرابع ص ٣٧٧ و ٣٧٨؛ ورسالة فتحي ص ٢٣٥ — وقد ذكر هذه الأمثلة عند الكلام على استعمال الحق بقصد الأضرار والواقع أن وضعها هنا أولى.

(٥) يراجع الزيلعي ج ٤ ص ١٩٤ و ١٩٥.

وخلصه : « رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أن يبنها ويرفع بناءها وأراد الآخر منعه وقال تسد على الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيه حماماً أو تورا وإن كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك . ولو فتح صاحب البناء في علو بنائه باباً أو كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة أن يبنى في ملكه ما يستر منه ولو اتخذ بئراً في ملكه أو بالوعة فز منها حائط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط هذا الحائط لا يضمن . هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكى عن ابن حنيفة أن رجلاً شكاً إليه من بئر حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فنجست البئر فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة . ولو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتأذون من تنن السرقين ولا يأمنون الرعاة ليس لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي وأحمد » (١) .

الا أن هذا القول لم يسلم على إطلاقه فقد استقر الرأي أخيراً بناء على فتوى الأكثرين أنه اذا كان استعمال الحق ينتج عنه ضرر فاحش منع صاحب الحق من استعماله وذلك استناداً على الحديث الشريف « لا ضرر

---

(١) تراجع شرح فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ — ومقالة الأستاذ أحمد إبراهيم بك السابق الإشارة إليها ص ٤ — ويلاحظ أنه ذكر هنا أن هذا مذهب الامام أحمد وقد ورد عكس هذا القول في كتاب جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٢٢٣ وهذا المؤلف من أتباع الامام أحمد وقد أضربنا الى قوله من قبل . ولعلها رواية أخرى . ويقارن ما ذكره بلانن بما نص عليه الامام الشافعي من أنه لا يبطل بيع شخص سلاحاً لمن يراه يحتل به ظلاً أو يمه عنياً بمن يراه أنه يصره خراً وذلك لاحتمال أن لا يفعل المشتري في الحالتين ما من شأنه أن يفسده وذكر فقط أنه يكره ذلك ولكنه لا يبطله (الام ج ٣ ص ٦٥) . وفي هذا القول ما يقرب من أقوال الفريق الأول من الفقهاء الذي يبطل السلم إذا كان أداؤه للفسدة قطعياً إذ يقول الشافعي انه لا يبطل السلم لاحتمال عدم وقوع ما يخشى من الضرر ومفهوم ذلك أنه إذا تحقق الضرر بحيث لا يكون هناك احتمال بعدم وقوعه فانه يبطله لأن حجته في تصحيح السلم تسقط .

ولا ضراره. ومن أمثلة الضرر الفاحش ما يؤدي الى هدم بيت الجار، ومنه ما اذا كان لرجل دار مجاورة لدور الآخرين فأراد صاحب الدار أن يبنى فيها تنورا للخبز الدائم أو رحي للطحن أو مدقة للقصارين فانه يمنع من كل ذلك لتضرر الجيران به ضرراً فاحشاً<sup>(١)</sup>. وقد لخص صاحب شرح فتح القدير تلك القاعدة بقوله: «والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقاً لانه يتصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ضرراً فاحشاً»<sup>(٢)</sup>.

وقد نص صاحب مرشد الحيران<sup>(٣)</sup> على هذه القاعدة في المادة ٥٧ بقوله: «للبالك أن يتصرف كيف يشاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه فيعلى حائطه ويبنى ما يريد ما لم يكن تصرفه مضراً بالجار ضرراً فاحشاً». وعرف الضرر الفاحش في المادة ٥٩ بقوله: «الضرر الفاحش ما يكون سبباً لو هن البناء أو هدمه أو يمنع الحوائج الاصلية أى المنافع المقصودة من البناء وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الاصلية فليس بضرر فاحش». وان «سد الضياء بالكلية على الجار يعد ضرراً فاحشاً فلا يسوغ لأحد احداث بناء يسد به شباك بيت جاره سداً يمنع الضوء عنه وان فعل ذلك فللجار أن يكلفه رفع البناء دفعا للضرر عنه» (مادة ٦١). وان «رؤية المحل الذى هو مقر للنساء يعد ضرراً فاحشاً فلا يسوغ احداث شباك أو

(١) مقال الأستاذ أحمد ابراهيم بك السابق الاشارة اليه ص ٤ عمود ٢ وص ٥ عمود ١؛ وشرح فتح القدير في الموضع السابق الاشارة اليه.

(٢) شرح فتح القدير ج ٥ ص ٥٠٦ — وذكر ابن عابدين نفس القاعدة بسبارة تكاد تكون مطابقة لسبارة فتح القدير، راجع ابن عابدين ج ٤ ص ٥٠١ — وكذلك فعل الزيلعي ج ٤ ص ١٩٦، وذكر كل منهما تطبيقات لهذه القاعدة. وتراجع رسالة فتوى ص ٢٤٦ و ٢٤٧.

(٣) مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان للرحوم محمد قنبرى باشا.

بناء يجعل فيه شبا كالنظر مطلقا على محل نساء جاره وإن أحدث ذلك يؤمر برفع الضرر اما بسد الشباك أو ببناء ساتر فإن كان الشباك المحدث مرتفعاً فوق قامة الانسان فليس للجار طلب سده ، (مادة ٦٢) . ونص في المادة ٦٠ على أنه « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديماً أو جاداً » .

وقد يؤدي تطبيق هذا المبدأ في بعض الصور الى منع صاحب الحق من استعماله مطلقاً بما يعتبر اهداراً لحقه مع تعويضه عنه وذلك اذا كان استعماله له يؤدي الى ضرر جسيم بآخر وكان من الممكن تعويض صاحب الحق عن حقه اذا لم يستعمله ولا يمكن دفع الضرر الفاحش الذي يلحق بالغير بطريقة أخرى . ومن ذلك حالة ما اذا اغتصب شخص أخشاباً وأدخلها في بناء له فإن الاصل هو أن لصاحب الخشب أن يطلب رد خشبه اليه وبذلك يجبر الغاصب على هدم ما بناء ، الا أن الحل الذي ارتضاه أغلبية الفقهاء هو أنه اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الخشب فإن ملك صاحب الخشب يزول ويعوضه الغاصب عن ذلك ولا يكون للمالك الخشب أن يلزم الغاصب نقض بنائه . والعلة التي ذكروها تبريراً لهذا الحل الذي يخالف القاعدة الأصلية هي أن الباني إذا ألزم بإزالة بنائه أصابه ضرر محض لا ينجر وأما ضرر مالك الأخشاب في هذه الحالة فمجبور بما يدفعه له الباني من التعويض فيجب أن يتحمل الضرر المجبور دفعا للضرر الذي لا ينجر عملاً بالقاعدة القاضية بتحمل أهون الضررين (١) .

\*\*\*

ذكرنا في صدر الموضوع أن « حق الغير محافظ عليه شرعاً ولو عند استعمال الانسان لخالص حقه » ، وقلنا إن هذه القاعدة كانت من عوامل تقييد

---

(١) يراجع في ذلك قاضي زاده « نتائج التفكير في كشف الرموز والأسرار » الجزء السابع ص ٣٧٩ و ٣٨٠ .

الحقوق الفردية بحسب الشريعة الإسلامية . إلا أن هذه القاعدة ترجع إلى قاعدة أساسية أخرى في الشريعة الإسلامية هي قوام الحقوق الفردية ؛ ذلك أن الحقوق بحسب الشريعة منحت للانسان لتحقيق أغراض خاصة يجب أن يتجه اليها قصد المكلف حتى يكون عمله مطابقاً للشريعة فان قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع ،<sup>(١)</sup> فكل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل ،<sup>(٢)</sup> فقياس صحة العمل وفساده بحسب الشريعة الإسلامية هو مطابقة هذا العمل أو مخالفته للحكمة الغائية التي من أجلها شرع الحق الذي كان أساساً للعمل محل النظر<sup>(٣)</sup> . ومن الواضح أن محل هذا المقياس هو نية المكلف عند قيامه بالعمل . ويظهر أساس هذه النظرية في الفقه الإسلامي بما قاله فقهاء الشريعة عن النية وأثرها في أعمال الانسان فقد قرروا أنها قوام الأعمال يصح العمل تبعاً لها ويطل كذلك ولو كان في ظاهره مطابقاً لأحكام الشريعة<sup>(٤)</sup> . ومن هذا القبيل ما قاله الامام ابن قيم الجوزية من أن النية روح العمل ولبه وقوامه وهو تابع لها يصح بصحتها وفسادها بفسادها<sup>(٥)</sup> ، وأن الانسان إذا قصد بفعله ما لا يجوز قصده كالتكلم بنبكحت وتزوجت يقصد التحليل ( أى تحليل المرأة المطلقة ثلاثاً لزوجها السابق ) وبعت واشترت يقصد الربا وما أشبه ذلك فلا يحصل له مقصوده الذي

(١) المواقف الشامي ج ٢ ص ٣٣١ وقد ذكر تحليل هذه القاعدة فليراجع .

(٢) المواقف المرجع السابق ص ٣٣٣ وما بعدها حيث ذكر هذه القاعدة وتبليها ؛ ويراجع أيضاً ابن تيمية : « إقامة الدليل على إبطال التحليل » ص ١٤ .

(٣) يراجع في هذا المعنى رسالة فتحي ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٤) يراجع في التدليل على ذلك ما كتبه الامام ابن تيمية في كتابه إقامة الدليل على إبطال التحليل ص ٣٩ وما بعدها .

(٥) اعلام الموقعين ج ٣ ص ٩٨ .

قصده وجعل ظاهر اللفظ وسيلة إليه <sup>(١)</sup> . وأساس ذلك الحديث الشريف « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى » فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه » <sup>(٢)</sup> .

الا أنه وإن كان إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية منعقداً على أن النية تؤثر في صحة الأعمال ديانة فانهم لم يتفقوا على أثرها هذا قضاء . فالامام الشافعي رضى الله عنه لا يجعل للنية في الحكم القضائي تأثيراً على صحة الأعمال وفسادها <sup>(٣)</sup> — على أن هذا الرأي الذي ذهب إليه الامام الشافعي

(١) اعلام الموقعين للرجع السابق ص ١٠٧؛ وراجع أيضاً المواقفات لشمس الدين ج ٢ ص ٣٣٥؛ وراجع في هذا المعنى أيضاً ما كتبه الامام ابن تيمية في كتابه « اقامة الدليل على ابطال التحليل » ص ١٣ و ١٤ .

(٢) راجع هذا الحديث وشرحه وتطبيقاته في جامع العلوم والحكم ص ٤ — ١٥ . وراجع ابن تيمية : اقامة الدليل على ابطال التحليل ص ٢٢ حيث استدلل به على ابطال التحليل عموماً . (٣) ولعل هذا هو السبب في اختلاف آرائه عن آراء جمهور فقهاء العربية مما أشرنا إليه في سياق ما تقدم من الموضوع — ووجه قول الشافعي الذي أشرنا إليه في المتن أن « اقامة تولى السرائر وعاقب عليها ولم يجعل لأحد من خلقه الحكم إلا على العلانية فاذا حكم الحاكم بالظاهر الذي جعل إليه لم يضبط الباطن الذي تولى الله دونه واذا حكم والمحكوم له يعلم أن ما حكم له به حق في الظاهر عند الحاكم وباطل في علمه دون الحاكم لم يكن له أن يأخذه وأخذه حرام عليه ولا يعمل حاكم شيئاً ولا يجرمه وإنما الحكم على الظاهر كما وصفناه » راجع كتاب الأم ج ٦ ص ١٩٩ — وطبق هذه القاعدة على الطود بقوله « أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة ولا بسادة بين المتباينين وأجزته بصحة الظاهر وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تحسد البيع وكما أكره للرجل أن يشتري السيف على أن يقتل به ولا يجرم على باعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظناً لأنه قد لا يقتل به ولا أقصد عليه هذا البيع وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يصره خراً ولا أقصد البيع إذا باعه إياه لأنه باعه حلالاً وقد يمكن أن لا يجعله خراً أبداً وفي صاحب السيف أن لا يقتل به أحداً أبداً وكما أقصد نكاح اللصة ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو ينوي ألا يسكنها إلا يوماً أو أقل أو أكثر لم أقصد النكاح إنما أقصد أبداً بالعقد الفاسد » كتاب الأم ج ٣ ص ٦٥ باب النهي عن بيع السكران والسلاح في الفتنة — وراجع رسالة فتحي ص ١٨٣



لم يسد بين الفقهاء حتى أن من أتباع الشافعى من خالف إمامه فى ذلك كالامام الغزالى فقد أبان فى كتابه « احياء علوم الدين » الآداب التى يلزم اتباعها عند استعمال الانسان لحقه حتى يكون عمله مطابقا للشرعة مبنى ومعنى . وتدور آراؤه فى ذلك حول القاعدة الأصلية التى أشرنا اليها وهى أن الحقوق الفردية والأعمال الشرعية لم تجعل ليستعملها الانسان حسب أهوائه وبغير رقيب وانما وضعت وسيلة لتحقيق أغراض اجتماعية خاصة فوافق غايتها الاجتماعية من الأعمال كان صحيحا وماخرج عن هذه الغاية كان باطلا (١) . وحتى الامام الشافعى نفسه قد خرج عن نظريته فى حالات سيأتى ذكرها فى موضعها من حقوق الزوجية .

وبالتأمل فى التطبيقات التى ذكرناها فى تقييد الحقوق نجدها كلها تطبيقاً لتلك القاعدة وهى وجوب مطابقة العمل للحكمة الغائية التى من أجلها وجد الحق الذى جاء العمل تطبيقاً له . فالأعمال التى يقصد بها مجرد الاضرار بالغير والتى لا منفعة منها لمن يقوم بها والتى ينجم عنها ضرر عام أو ضرر فاحش كلها تتنافى مع حكمة تشريع الحقوق التى جاءت هذه الأعمال تطبيقاً لها . وحتى الأعمال التى تحدث بالغير ضررا ليس بفاحش يمكن القول بأنها تتناقض مع حكمة التشريع أيضا مادامنا قد قررنا أن حق الغير محافظ عليه .

---

ونا بعدها — وقد تصدى الامام ابن قيم الجوزية الرد على الامام الشافعى فى هذا فليراجع فى اعلام الموقعين الجزء الثالث ص ٩٢ وما بعدها ؛ وراجع فى ذلك أيضا ابن تيمية : اقامة الدليل على ابطال التحليل ص ٢٢٧ وما بعدها ؛ وراجع رسالة فتوى ص ٢١٠ وما بعدها — وظاهر من قول الشافعى أنه لا ينشئ كل أثر لئلا فى أعمال الانسان وانما ينكر هذا الأثر من الناحية القضائية فقط مع اقراره لأثرها فى الأعمال ديانة وأنه لا يؤاخذ للكلف فى الحكم بدينه . لاحتمال تخلف مانواه — راجع ما ذكرناه جوامع رقم ١ ص ٣٦ .

(١) راجع رسالة فتوى ص ١٩٤ — ٢٠٥ حيث أفاض فى شرح نظرية الامام الغزالى خصوصا ص ١٩٨ ١٩٩ — وراجع كتاب آداب الكسب والمعيش فى احياء علوم الدين للغزالى الجزء الثانى ص ٥٥ — ٧٩ .

شرعا ولو عند استعمال الانسان لخالص حقه — ولم يقتصر تطبيق هذه القاعدة على استعمال الحق بالنسبة للغير وإنما عم طرق استعمال الحقوق حتى قيدها لمصلحة صاحب الحق نفسه ولو لم ينتج عن عمله ضرر بالغير كتصرفات السفهية فإن الحجر للسفه شرع عند من يميزه — ويلاحظ أن الامام الشافعي يقول بجوازه — (١) لمصلحة الشخص نفسه وصيانة له من سوء تصرفه في أمواله وقد فسروا السفه بأنه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع أو العقل ولو كان ذلك في فعل الخير (٢). وكذلك طبقت هذه القاعدة في حالات ليس فيها ضرر بشخص معين وإنما لمجرد مخالفة العمل لحكمة الشريعة والغرض المقصود من العمل الشرعي في ذاته ومن ذلك ابطال نكاح التحليل على ما سياتي . وسنجد تطبيق هذه القاعدة ظاهراً فيما يلي عند تخصيص البحث بحقوق الزوجة .

\*\*\*

### مقارنة النظرية القانونية بالنظرية الشرعية

الآن وقد فرغنا من التكلم على نظرية سوء استعمال الحقوق في الشريعة الاسلامية يمكننا أن نقارن تلك النظرية الفقهية بمثلتها في التشريع الحديث — وقبل أن نتعرض لهذا الموضوع يجدر بنا أن نشير الى أن النظرية الحديثة كما صورها مجذوها والداعون اليها لا تزال موضع الجدل ولم يستقر عليها الفقه القانوني استقرار يجعلها بمثابة القواعد الثابتة التي يبنى عليها الفقه الحديث كغيرها من الاصول القانونية — ويظهر لمن يتبع تطبيقاتها المختلفة في مختلف الحقوق أن مجال تطبيقها في اتساع وأنه لا يزال هناك حقوق استبعد

(١) يراجع كتاب الأم الجزء الثالث ص ١٩٤ و ١٩٥ .

(٢) يراجع ابن عابدين ج ٥ ص ١٢٦ ؛ وتراجع رسالة خفي ص ٢٣١ وما بعدها .

الفقه والقضاء تلك النظرية عنها ، وهذا شأن القواعد التي لاتزال في دور التكوين والتحصيص . كما يظهر من تتبع القوانين الحديثة المختلفة أن القوانين التي صدرت أخيراً جاءت أكثر توسعاً في الاخذ بهذه النظرية مما سبقها . وفي هذا ما يدل على أن قواعدها لم تستقر استقراراً يجعلها بمنأى عن الجدل خصوصاً اذا لوحظ أن قواعد التشريع العامة تكاد تتحد في قوانين العالم المتمدين — أما النظرية الشرعية فقد استقرت أحكامها منذ أمد بعيد حتى أصبحت من الأصول التي يبنى عليها الفقه الاسلامي عموماً .

ومن استعراض الاحكام التي تقدمت لكل من النظريتين وتطبيقاتها يتبين أن مجال النظرية الشرعية الاسلامية أوسع في التطبيق وأثرها أبعد في تقييد الحقوق بما فيه محافظة على مصلحة الجماعة والافراد من نظريتها في القوانين الحديثة للأسباب الآتية —

أولاً — اختلاف نظرية الحق في القانون عنها في الشريعة الاسلامية — فأساس التشريع الحديث كما قلنا هو أن الحقوق الفردية في نظر الشرع الوضعي من خصائص شخصية الانسان توجد بوجوده ، وفي هذا المعنى جاء اعلان حقوق الانسان كما مر بنا — وأما الحقوق في نظر المشرع الاسلامي فمعتبرة منحة تقيدها القواعد الدينية والأخلاقية التي رسمها مانح الحقوق . ويجرد مقارنة الأساس في كل من النظريتين يتبين منه أن الحقوق الفردية في القانون أميل الى الاطلاق وعلى العكس من ذلك في الشريعة الاسلامية فهي أميل الى التقييد . ثانياً — يكاد يتفق فقهاء القانون الحديث على أن هناك حداً يفصل القانون عن الأخلاق وأنها وإن كانا يشتركان في كثير من الحالات فإن لكل منهما مجاله المستقل حتى أن من المؤلفين من اعترض على نظرية سوء استعمال الحقوق استناداً على أنها تخلط القانون بالأخلاق<sup>(١)</sup> — أما

---

(١) مراجع جوسران : « روح الحقوق » ص ٣٢٤ بند ٢٠٤ .

الشرعة الإسلامية فبحكم كونها تشريعاً دينياً، تدعو بطبيعتها الى الأخلاق ولا تخلق قواعداً التشريعية من وجوب مراعاتها سوى ذلك ما يقوى أساس النظرية الشرعية ويجعلها أوسع مجالاً (١) .

ثالثاً — يدخل في نطاق النظرية الشرعية الإسلامية أحكام يرجعها فقهاء التشريع الحديث الى نظريات قانونية أخرى نشأت وتكونت قبل أن يفكر أحد في نظرية سوء استعمال الحقوق (٢) . فان من مراجعة التطبيقات الشرعية لهذه النظرية كما تقدم يتبين أنها تشمل ما يدخل في القوانين الحديثة تحت أبواب أخرى من الفقه كنزع الملكية للنافع العامة والتزامات الجوار والقيود الادارية على حقوق الأفراد لحماية الجماعة أو أفراد آخرين والارتفاقات القانونية والمسئولية الناشئة عن استغلال المحال الخطرة والمضرة بالصحة والمقلقة للراحة التي ترجع في أساسها الى نظرية المسئولية الناشئة من مخاطر العمل "Théorie de la responsabilité du risque crée" وهي نظرية جديدة في الفقه الحديث أقرت في بعض تطبيقاتها ولم تتخذ كأس للمسئولية المدنية . وشمول نظرية سوء استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية لكل هذه الأحكام يجعل مجال تطبيقها متسعاً . وفي هذا تختلف اختلافًا كبيراً عن النظرية الفرنسية الحديثة (٣) .

رابعاً — سنرى عند التكلم على جزاء الاساءة في استعمال الحق أن ما فرضته الشريعة الإسلامية من ذلك أكثر تنوعاً وأقوى أثراً مما يقره القانون .

\*\*\*

(١) رسالة قضى ص ٧٤ و ٧٥ .

(٢) يراجع في تفصيل ذلك رسالة قضى ص ٣٧ و ٣٨ و ٤٧ وما بعدها .

(٣) يراجع جوسران : « روح الحقوق » بند ١٥ و ١٦ .

تلك هي القواعد العامة التي يتقيد بها استعمال الحقوق على وجه العموم طبقاً لما عليه حال التشريعات الحديثة ، ومنها القانون المصرى ، وما قرره فقهاء الشريعة الاسلامية . ويلاحظ أن مجال الالتجاء الى هذه القيود يضيق كلما كان الحق محدداً في نطاقه تحديداً مادياً كافياً بل قد يغنى تحديد نطاق الحق في التشريع عن محاولة تقييده بالالتجاء الى هذه القيود <sup>(١)</sup> .

وحقوق الزوجية — كغيرها من الحقوق — تخضع في استعمالها لما تقدم من القيود . الا أنها تتميز عن غيرها بأنها أكثر الحقوق تعرضاً للاساءة في استعمالها ؛ لأنها بحكم طبيعتها غير قابلة للتحديد من جانب المشرع تحديداً مادياً كافياً لمنع الاساءة أو تقليل الفرص المهيئة لها ، وأن استعمالها يتأثر أكثر من غيرها بالوسط الاجتماعى والأخلاق والعادات والدين . ومن أجل ذلك كان ظهور ما أشرنا اليه من القيود في استعمال هذه الحقوق جلياً كما سيحى .

وانه ولو أن حقوق الزوجية بالمعنى الدقيق تبدأ بحق الزوج فان الخطبة ترتبط بالزواج ارتباطاً وثيقاً يدعونا لان تناولها بالبحث استيفاء للموضوع على قدر الامكان ، ومن أجل ذلك عرضنا لبحثها . الا أنه نظراً لأهمية المنازعات التي تنشأ عن الخطبة عملاً ، وتردد القضاء المصرى في تقرير أحكامها بين قواعد القانون المدنى وأحكام الشريعة الاسلامية مما أدى الى غموضها ، رأينا أن لامدوحة لنا عن أن نبجها بصفة عامة . وقد أدى ذلك الى أن نخرج قليلاً — في بحث الخطبة بالذات — عما رسمناه لأنفسنا من قصر البحث على الاساءة في استعمال حقوق الزوجية ؛ ولكنه خروج تبرره الضرورة والمصلحة على ما مر .

وقد رأينا أن يكون بحثنا مسيراً للخطوات التي تمر بها رابطة الزوجية

(١) جوسران : « روح الحقوق » بند ١٩ ص ٢٠ .

من الخطبة الى الفرقة بين الزوجين . فنبحث أولا في الخطبة ثم في الحقوق المتعلقة بالزواج في ذاته ثم الحقوق التي تترتب على عقد الزواج فالفرقة بين الزوجين ثم نشير في النهاية الى الجزاء الذي يترتب على الاساءة في استعمال ما يدخل في ذلك من الحقوق . وأفردنا لكل من هذه الموضوعات بابا مستقلا . ويندرج تحت كل باب التفريعات التي تستدعيها طبيعة كل موضوع منها على ما سيحي .

# الباب الأول

## في الخطبة

### تمهيد

يغلب أن يكون لكل ماله أهمية من أعمال الانسان أمور تمهد له ولا سيما إذا كان من العقود والارتباطات القانونية ، فيسبقها دائماً ما يمهد لها من مباحثات واتفاقات تمهيدية . والزواج كعمل من أعمال الانسان هو أبعدها أثراً في حياته ، وكعقد هو أهم العقود بالنسبة لشخص العاقد . ومن ثم كان أولى من غيره من العقود بما يمهد له حتى يكون كل من طرفيه على بينة من أمر صاحبه الذي سيرتبط معه برباط مفروض فيه أنه أبدي . ومن أجل ذلك كانت العادة أن تسبق الزواج مباحثات تمهله . والخطبة من مقدمات عقد الزواج . وهي أول عمل شرعى تتوج به المباحث الأولى . التى تسبق هذا العقد ، فهي درجة تتوسط بين التفكير وإبرام العقد ، وهي تسبق العقد ولكنها تجمع الطرفين على اتفاق لإبرامه .

والخطبة قديمة جداً كقدم عقد الزواج ، وهي تسايره من وقت أن كان الزواج بالشراء <sup>(١)</sup> . ولهذا كان للخطبة أحكام في جميع الشرائع المختلفة القديمة منها والحديثة سواء كانت دينية أو وضعية .

وهي باعتبارها عملاً قانونياً يمهد لعقد الزواج تكاد تتفق في ماهيتها في جميع القوانين والشرائع ؛ فهي تواعد متبادل بين رجل وامرأة أو من يمثلهما

---

(١) يراجع D. M. Kaouchansky : La promesse de mariage en droit comparé, Revue Critique 1932, P. 30.

بمقد زواجهما في المستقبل . إلا أنه وإن اتحدت القوانين المختلفة في تكيف  
الخطبة بأنها تواعد متبادل على عقد زواج مستقبل فإن هذه القوانين يختلف  
بعضها عن بعض اختلافًا بينا في تقرير الأثر القانوني لهذا التواعد المتبادل .  
إزاء هذا صار من المتعين أن نلم بأحكام الخطبة في الشرائع الأجنبية لتفهم  
الروح التي تسود هذه الشرائع في تكيفها . وعلى هذى المقارنات بهذه القوانين  
يمكننا أن نحدد القيمة القانونية للخطبة في التشريع المصرى ، وبذلك ندرك  
مدى ما يترتب عليها من حقوق ؛ فنستطيع أن نحدد نطاق هذه الحقوق وما  
قد يعترض استيفاءها من إساءة .

---



# الفصل الأول

## الخطبة عند المسيحيين

تطورت أحكام الخطبة طبقاً للتشريع الكنسى . فقد كانت تعتبر فى أول الأمر عقداً قانونياً ملزماً للطرفين بعقد الزواج . وهذا العقد يخضع فى شروطه لأحكام باقى العقود . وبمقتضاه كان لكل من الطرفين أن يقاضى الطرف الآخر طالباً الوفاء بتبعده ، ولم يكن هناك صعوبة إلا من حيث إيجاد الوسيلة لإكراه المدعى عليه على إتمام الزواج فقد كانت مقصورة على الطرد من العشيرة ( Excommunication ) . وفضلاً عن ذلك فقد كان يترتب على الخطبة عدم جواز تزوج الخاطب بغير من خطبها وحرمة المصاهرة بالنسبة لأقارب كل منهما على الآخر<sup>(١)</sup> . إلا أن هذا الأثر القانونى للخطبة قد النى فى القانون الكنسى منذ قرارات مجمع ترنت ( Concile de Trente ) الذى عقد فى المدة من سنة ١٥٤٥ إلى ١٥٦٣ . وبذلك لم تعد الخطبة ملزمة ولا يترتب عليها منع الخاطب من التزوج بغير من خطبها ولا حرمة المصاهرة ، وكل ما يترتب عليها هو ارتباط وجدانى فقط ولا يعتبر هذا الارتباط أساساً لآى دعوى ترفع بقصد عقد النكاح<sup>(٢)</sup> . وهذا التشريع الأخير هو الذى استقر عليه الرأى عند البحث فى توحيد قوانين الكنيسة الشرقية الكاثوليكية فقد أقر هذا المبدأ بالقانون رقم ١٠١٧<sup>(٣)</sup> .

(١) يراجع فى ذلك بلانيول المختصر ج ١ بند ٧٨٥ ؛ Adrien Cance ج ٧ بند ٢٦٩ و ٢٦٨ .

(٢) بلانيول مختصر ج ١ بند ٧٨٦ ؛ Adrien Cance المرجع السابق .

(٣) يراجع فى ذلك مجموعة " Codificazioni Canonica Orientale; Copte "

" Egizi. " المطبوعة بالطبعة البابوية بروما ص ١٢ و ١٣ قانون رقم ١٠١٧ .

ورغما عما قرره القانون الكنسى من تجريد الخطبة من كل إلزام قانونى فانه رتب أحكاماً تنبئ على فسخ الخطبة بغير مبرر . فمن جهة للكنيسة أن توقع جزاءاتها الدينية البحتة فيما يرتكب مخالفا لأوامرها . ومن جهة أخرى فان للطرف الذى حصل الاخلال فى مواجهته حقا مقرررا فى التعويض إذا ما سبب له عدول الطرف الآخر ضررا . والقضاء بهذا التعويض متروك للمحاكم المدنية (١) .

ما تقدم عن الشريعة الكاثوليكية . وأما عن الشريعة الارثوذكسية فقد تطورت عملا فى هذا الموضوع بما يكاد يتفق مع التطور الذى ذكرناه عن القانون الكنسى . فطبقا للشريعة الارثوذكسية يسبق عقد الزواج «الأكليل» بما يسمى بعقد «الأملاك» وهو «عهد وميثاق لتزويج مستأنف» (٢) . ويقترن الأملاك بدفع «أربون» ، وهذا الأربون من شأنه أنه متى امتنع قابضه وفرك الموافقة أن رد ما قبضه مضاعفا ، وان فرك المعطى سقط الأربون الذى دفعه (٣) . إلا أنه نظرا لمشاكل نجمت عن هذا العقد فقد أمر البطريرك بعدم إجرائه واستعاض عنه بصلوة صلح واتفاق وصارت كل العقود التى تعمل سابقة للأكليل عقودا بسيطة تحل عند الاختلاف على أى شئ وتلغى بمحض إرادة أى فريق من المتعاقدين مادام أنه لم يتم عقد الأكليل (٤) .

والذى نراه مما تقدم أن عقد الأملاك لم يكن فى ذاته ملزما بل كان كل ما يترتب على الاخلال به هو ضياع الأربون على من دفعه أو رده مع

- 
- (١) تراجع للجمعية البابوية سالفة الذكر ص ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ ؛ Adrien Cance المرجع السابق .  
(٢) المجموع الصغرى للصنى بن السال ص ٢٣٦ بند ٤٩ .  
(٣) للمرجع السابق ص ٢٣٦ بند ٤٩ .  
(٤) تراجع للمرجع السابق ص ٢٥٧ تفصيل الباب الرابع والمقررين .

مثله ممن قبض بحسب ما اذا كان العدول من هذا أو ذاك . وإن الغاء عقد  
الأملاك عملا والافتصار على مجرد وعد عادى رفع هذا الأثر المتعلق  
بالأربون في الأملاك وصير حكم الخطبة في التشريع الأرثوذكسى مطابقا  
لحكمها في التشريع الكاثوليكي تماما .

---

## الفصل الثاني

### الخطبة في الشرائع الحديثة

قدّمنا أن الخطبة تمهد لعقد الزواج، وأن الأحكام التي فرضت لها لم تكن الا ضمنا لما سترتب عليها من عقد له أثره مدى حياة الشخص. ومعروف أن الزواج عقد مؤبد بمعنى أنه مفروض فيه أنه ارتباط مدى الحياة بحيث أنه إذا توقت الزواج كان باطلا.

وكلما كان القانون ينظر الى رابطة الزوجية نظرة خاصة من الرعاية ويميز عقد الزواج عن غيره من العقود فانا نرى أن أحكام الخطبة تظهر مفسرة وتسئ لها الأحكام في القانون. وكلما ضعفت رعاية القانون لعقد الزواج فانا نلاحظ أن أهميتها كاجراء من اجراءات هذا العقد تقل. ومن الأمثلة على ذلك القانون السوفياتي الجديد فان السياسة التي سار عليها المشرع السوفياتي أدت الى المساواة بين عقد الزواج وأي عقد آخر من العقود المدنية<sup>(١)</sup> مخالفا في ذلك الشرائع الأخرى ومن أجل ذلك نجد أن هذا القانون لم يتوقع الخطبة ولم يفرض لها أحكاما؛ ولعل السبب في ذلك يرجع الى أن المشرع السوفياتي لا يرى لعقد الزواج من الأهمية الخاصة عن غيره من العقود ما يدعو لوضع أحكام للاجراءات الممهدة له. وأما المشرع الفرنسي فانه وإن كان لم ينص على أحكام للخطبة فان اتجاهاه كان لغير ما اتجه اليه المشرع السوفياتي؛ إذ أن سكوت المشرع الفرنسي عن النص على

---

(١) اراجع في ذلك E. Lambert : La famille dans le Code Russe, dans l'Introduction des Codes de la Russie Soviétique, P. 37-42.

أحكام الخطبة كان مقصوداً به القضاء على كل شبهة الزام في الخطبة وبذلك يكون طرفاً الزوجية على حرية تامة عندما يقدمان على عقد زواجهما<sup>(١)</sup>. فقصود بذلك رعاية عقد الزواج ولكن من ناحية سلبية بالنسبة للخطبة.

وأما أغلبية القوانين الحديثة فتص على أحكام للخطبة. وتتفق هذه القوانين جميعاً في تقرير مبدأ حرية الزواج بحيث أنها تقضى بأن الوعد بالزواج لا يترتب عليه الزام أحد الطرفين بعقد الزواج في المستقبل وأن كل شرط جزائي يتضمنه مثل هذا العقد بقصد ضمان تنفيذه فهو باطل. إلا أن حرمان الوعد بالزواج هذا الأثر القانوني من حيث إمكان طلب تنفيذه عيالم يمنع من اعتباره عقداً له أحكام وتترتب عليه آثار قانونية.

فالقانون الإيطالي بعد أن قرر القاعدة القاضية بأن الخطبة لا يترتب عليها الزام بعقد النكاح قرر في المادة ٤٥ من القانون المدني بأن الوعد بالزواج إذا حصل بكتابة من هو أهل للتزوج فإن الواعد الذي لا ينفذ وعده بغير موجب شرعي يلزم بتعويض الطرف الآخر عما تكبده من النفقات بسبب هذا الزواج المستقبلي.

والقانون الألماني بعد أن قرر القاعدة الأصلية بأن الوعد بالزواج لا يلزم بتنفيذه ويطلقان الشرط الجزائي الذي تقرر لهذا الغرض نص في المادة ١٢٩٨ من القانون المدني على أن الطرف الذي يعدل يلزم بأن يعرض الطرف الآخر وأبويه ومن يمثله عما تكبده من نفقات أو ارتبطوا به من تعهدات مراعاة للزواج المستقبلي، كما يلزم بتعويض الطرف الآخر عما يكون هذا الأخير قد قام به من الاجرامات المتعلقة بأمواله أو صناعته بسبب هذا الزواج، وهذا وذلك بشرط أن تكون هذه النفقات والأعمال مناسبة للظروف. فإذا كان هناك باعث قوى على الفسخ فلا يلزم بتعويض ما. وإذا

(١) بلانيول مختصر ج ١ بند ٧٨٨؛ وبلانيول مطول ج ٢ بند ٨١.

تسبب أحد الطرفين بخله في عدول الطرف الآخر عن اتمام الزواج الزم بتعويض هذا الطرف الآخر في حدود المادة السابقة (مادة ١٢٩٩). وإذا سلبت المخطوبة في نفسها خطيبتها وكانت طيبة السير من قبل فلها إذا ما توافرت شروط المادتين ١٢٩٨ و ١٢٩٩ السابقتين أن تطلب تعويضاً عما أصابها من أضرار ولو لم تكن هذه الأضرار مادية (مادة ١٣٠٠) - ونظم بعد ذلك اجراءات رد الهدايا التي حصلت إذا لم يتم الزواج وذلك بالمادة ١٣٠١. ونص في المادة ١٣٠٢ على أن الحقوق المنصوص عليها بالمواد ١٢٩٨ الى ١٣٠١ تسقط بمضى سنة واحدة من تاريخ فسخ الخطبة.

والقانون التزى بعد أن عرف الخطبة في المادة ٨٢ بأنها تتم بالوعد بالزواج وأنها لا تلزم عديم الأهلية إلا اذا وافق عليها بمثله الشرعى، ينص بالمادة ٨٣ على أن الخطبة لا تلزم المتعاقد بتمام الزواج وأنه لا يجوز المطالبة بما يكون مشروطاً كجزاء لعدم التنفيذ. ويقضى بالمادة ٨٤ بأنه إذا فسخ أحد الخطيبين الخطبة لغير أسباب شرعية أو إذا فسخت الخطبة من أيهما بناء على فعل صدر من الآخر فإن الطرف المنحطى يلزم في مواجهة الطرف الآخر ووالديه ومن يمثله في التصرف بتعويض ما يكون قد صرفه بحسن نية من مبالغ بسبب الزواج. وإذا أضر فسخ الخطبة بمصلحة أحد الخطيبين الخاصة ضرراً فاحشاً بنهر أن يكون هناك خطأ من جانبه فللقاضى أن يحكم له بمبلغ من المال بصفة تعويض أدنى « مادة ٨٥ ». وأما الهدايا في حالة فسخ الخطبة فكل يسترد ما أهداه للآخر « مادة ٨٦ ».

وأما القانون الصينى الجديد فيفرد فصلاً خاصاً لأحكام الخطبة باعتبارها عقداً يتميز عن عقد الزواج. فينص بالمادة ٩٧٣ على أن عقد الخطبة يجب أن يحصل من الطرفين شخصياً وبمحض إرادتهما ، وفى المادتين ٩٧٣ و ٩٧٤ ينص على الأهلية اللازمة لهذا العقد ، ثم يقضى بالمادة ٩٧٥ بأنه لا يمكن رفع

دعوى بطلب تنفيذ عقد الخطبة ، ثم ينص على أمور إذا أتاها أحد الطرفين جاز للطرف الآخر أن يفسخ الخطبة وله فوق ذلك أن يطلب تعويضا عما لحقه من ضرر . مادة ٩٧٦ و ٩٧٧ ، فإذا فسخ أحد الطرفين عقد الخطبة بغير مبرر من هذه المبررات السابقة فعليه تعويض الطرف الآخر عما يلحقه من ضرر بسبب هذا الفسخ . مادة ٩٧٨ ، وفي هذه الحالة الأخيرة إذا لم يكن هناك خطأ من هذا الطرف الآخر فله فوق ما تقدم أن يطلب تعويضا عما يلحقه من الأضرار غير المادية . مادة ٩٧٩ .

وقد جرى قضاء المحاكم الانجليزية على اعتبار الوعد المتبادل بالزواج عقدا كسائر العقود يربط طرفيه وترتب عليه أحكام العقود من حيث وجوب الوفاء . إلا أن هذا العقد إذا لم ينفذ فلا يصح رفع دعوى بطلب تنفيذه ولا يخضع لاجراءات النفاذ العيني ( Specific Performance ) كغيره من العقود والعلاج الوحيد لفسخ العقد هنا هو تعويض الطرف الآخر<sup>(١)</sup> . ويشمل التعويض هنا جميع ما يصيب الطرف الآخر من الأضرار سواء كانت مادية أو أدبية ، وهي متروكة لتقدير المحكمة<sup>(٢)</sup> . وطبقا لهذا القضاء يعتبر مجرد عدم تنفيذ الوعد المتبادل بالزواج إخلالا بتعهد قانوني يستوجب الحكم على فاعله بالتعويض . ولكن لمن فسخ العقد أن يدفع هذه المسؤولية إذا أثبت أن عدوله ما كان إلا بسبب أعمال من جانب الطرف الآخر هي التي دعت إلى هذا العدول كما لو أثبت أن الطرف الآخر خدعه في مركزه المالي أو أن ثبت الخاطب أنه اكتشف أن خطيبته سيئة السلوك ، وبالجمله إذا أثبت أنه خدع في الطرف الآخر بحيث أنه ما كان يرتبط معه برابط

---

(١) اراجع Eversley ص ٧٨ ؛ Halsbury : Laws of England بند ٤٩٠ .

٤٩٧ .

(٢) اراجع Eversley ص ٧٩ ؛ Laws of England بند ٥٠٨ .

الخطبة لو كان قد عرف حقيقته من قبل . فاذا أثبت ذلك فلا مسئولية عليه . (١)

ومن استعراض الأحكام المتقدمة للخطبة في القوانين التي تكلمنا عنها نستنتج القاعدتين الآتيتين : —

١ — ان الخطبة تعتبر في نظر هذه القوانين عقداً له أحكام وتنشأ عنه ارتباطات خاصة .

٢ — ان مجرد العدول عن الخطبة يعتبر اخلاقاً بتعهد قانوني يوجب التعويض طبقاً لقواعد التعهدات العامة .

### (١) الخطبة عقد :

هذا الحكم ظاهر من نفس نصوص القوانين التي عرضناها فان من هذه القوانين ما يعبر عنها بعقد الخطبة "Contrat de fiançailles" ويستلزم سناً خاصة وأهلية التعاقد لا مكان عقدها (كالقانون الصيني) ، ومنها ما يتكلم عنها بصيغة الالتزام فيقول انها لا تلزم الخاطب القاصر أو المحجور عليه الا إذا وافق عليها من يقوم بتمثيله قانوناً .

" Elles n'obligent le fiancé mineur ou interdit que si le représentant légal y a consenti. " (2)

وفضلاً عن ذلك فان الأحكام التي فرضتها هذه القوانين لهذا العقد والمسئوليات التي رتبها على عدم تنفيذه تتفق جميعاً والقواعد العامة في

---

(١) ايراج Eversley ص ٨٣ — ٨٥ : Laws of England بند ٥٠٢ — ٥٠٧ . ولا يستلزم القانون الانجليزي لاثبات الوعد بالزواج أن يكون ذلك بكتابة ولا أن يكون باللفظ صريحة وانما قد يستخرج هذا الوعد للتبادل من سلوك الطرفين مع بعضهما ومعاملة كل منهما لصاحبه بما يفهم منه انهما تواعدا على الزواج . Laws of England بند ٤٩٠ : Eversley ص ٧٨ .

(٢) القانون للدنن التركي مادة ٨٢ .



العقود من حيث شروط التعاقد وصحة الالتزام . وهذا التعاقد ينصب على عمل معين وهو عقد النكاح فيما بعد .

الا أن جميع القوانين المقدمة تتفق في أنه لا يمكن رفع دعوى بطلب تنفيذ هذا التعاقد نفاذاً عينياً بمعنى أنه لا يصح أن يقاضى أحد الطرفين زميله ليكرهه على عقده . والسبب في ذلك يرجع الى حرية الزواج وضرورة عقد الزواج بحرية تامة وفي هذا ما يتنافى مع امكان رفع دعوى بطلب عقده . لأن الدعوى تتضمن الاكراه وهو ما لا يجوز في النكاح . وحرية الزواج هذه وإن كانت فرعاً من الحريات الفردية العامة إلا أنها تتميز عنها من حيث الاهمية . يكون عقد الزواج مفروضاً فيه أنه أبدى فيجب أن تكون حرية إبرامه أوسع مجالاً مما في غيره من الارتباطات .

على أن حرمان عقد الخطبة من هذا الأثر وهو جواز رفع دعوى بطلب تنفيذه عينا ليس فيه ما يناقض القواعد العامة في التعهدات ، فانه طبقاً لهذه القواعد لا يجوز إكراه شخص ما على تنفيذ تعهد شخصي محض بالنسبة له لا يمكن أن يقوم به سواه . وعقد الزواج هو مثال ما لا يمكن أن يتم إلا بمحض رضاه المتعاقدين فتنفيذ مثل هذا العقد لا يمكن أن يتم طبقاً للقواعد العامة إلا إذا توافرت الإرادة من قبل المدين . هذا فضلاً عن صفة الزواج الخاصة التي تخرجه عن كل ما عداه من العقود بحيث لا يمكن أن تقضى المحكمة بإنشاء زواج أو إكراه شخص على عقد زواجه بشخص ما كما تقدم .

## (٢) الفسخ موجب للتعويض بذاته :

وأن مجرد نكول أحد الطرفين عن عقد زواجه يوجب إلزامه بتعويض الطرف الآخر عما يلحقه من ضرر . وعلى الناكح إذا أراد أن يبرئ نفسه من المسؤولية أن يثبت أنه ما فسخ تعهده إلا لأسباب جسيمة دعت إلى هذا

التكول، أو أنه يرجع لفعل من الطرف الآخر دعاه إلى فسخ تعهده معه. وفي هذه الحالة تقضى بعض الشرائع الحديثة صراحة بأنه لا يعنى من مسئولية الفسخ فقط وإنما له الحق فى أن يطالب من كان السبب فى تكوله بتعويض ما يصبه من الضرر. وهذا عين ما تقضى به القواعد العامة فى التعهدات. تلك هى الروح العامة للشرائع الحديثة من حيث تكييف الخطبة من الوجهة القانونية. إلا أن القانون الفرنسى يتميز بأحكام خاصة فى هذا الموضوع لا يصح إغفالها لأن تطبيقها كان مجالا لاستعراض نظريات تخالف ما تقدم القول به.

#### الخطبة فى القانون الفرنسى :

كانت الخطبة فى القانون الفرنسى القديم معتبرة عقداً يتضمن التزاماً بعمل شيء إلا أن تنفيذ هذا التمد لم يكن له طريق من القضاء، وكان جزاء عدم تنفيذ هذا التمد هو الحكم على المخالف بالتعويض. كما أنه كانت تترتب على الخطبة حرمة المصاهرة بين كل من الطرفين وأصول وفروع الطرف الآخر وفروع جديدة للدرجة واحدة<sup>(١)</sup>.

ولما صدر قانون نابليون لم يذكر شيئاً عن الخطبة. وقد أدى ذلك إلى قيام خلاف فى أوائل عهد تطبيق هذا القانون حول طبيعة الخطبة، وكان اتجاه القضاء والفقه إلى اعتبارها عقداً يترتب على عدم الوفاء به مسئولية المتسبب عن التعويض طبقاً للمادة ١١٤٢ من القانون المدنى. إلا أن وجهة النظر هذه تغيرت بعد حكم صدر من محكمة النقض والابرام الفرنسية فى ١١ يونيه سنة ١٨٣٨ (سبرى ١٨٣٨ — ١ — ٤٩٢). والسبب الأساسى لهذا التطور هو ضرورة ترك الزواج حراً وإطلاق الحرية للمتعاقدين حتى آخر لحظة. واستقر

---

(١) راجع فى ذلك كولان وكايتان ج ١ الطبعة الرابعة ص ١٢٧ و ١٢٨.

القضاء منذ ذلك الحين على تجريد الخطبة والوعد بالزواج من أى مسحة إلزام ، كما تقرر أن الإخلال بهذا الوعد لا يترتب عليه في ذاته (مجردا عن الظروف التي حصل فيها) مسئولية ما<sup>(١)</sup> . إلا أنه إذا ترتب على هذا الإخلال بالوعد ضرر بالطرف الآخر بسبب خطأ ارتكبه هذا الذي عدل ، مستقلا عن واقعة العدول المجردة ، فإن العدول الخاطيء ترتب عليه مسئولية فاعله عن تعويض هذا الضرر سواء كان أديا أو ماديا<sup>(٢)</sup> .

فالقضاء الفرنسي بتقريره المسئولية بالشروط المتقدمة يخرج بها عن نطاق العقود ويبنيها على أساس الأفعال الضارة ، فهي ليست مبنية على المادة ١١٤٢ مدني وإنما على المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون المذكور<sup>(٣)</sup> .

ولم تسلم وجهة نظر المحاكم المتقدمة من النقد فقد رماها الأستاذ جوسران بالتناقض وعدم الانسجام وقال ان المسألة لا تخرج عن أحد اعتبارين : فاما أن يكون الوعد بالزواج غير ذي قيمة من الوجهة القانونية فيعتبر كأنه لم يكن وبذلك لا يمكن أن يكون العدول عنه موجبا لمسئولية ما ، وأما أن يكون هذا العدول موجبا في بعض الأحيان لمسئولية من عدل ومعنى ذلك أن هذا الذي اعتبر مسئولا كان مرتبطا بالخطبة التي يكون لها حيثئذ قوة الإلزام . ويقول ان الواقع أن الوعد بالزواج ليس مجردا من كل قيمة قانونية ، وانه لا زال كما كان دائما في عهد القانون الكنسي والقانون الفرنسي القديم عقدا

---

(١) اراجع في ذلك بلانيول وريبير مطول ج ٢ بند ٨١ ، كولان وكايتان ج ١ من ١٢٨ و ١٢٩ ؛ جوسران : شرح القانون المدني ج ١ بند ٧٤١ .

(٢) اراجع في ذلك بلانيول مطول ج ٢ بند ٨٤ و ٨٥ — نفس فرنسي ٢ مارس سنة ١٩٢٦ ، (سيري ١٩٢٦ — ١ — ٣٦٩) ؛ محكمة السين للدنية في ١٠ و ١٣ مايو سنة ١٩٣٢ ، فالوز الاسبوعى سنة ١٩٣٢ من ٣٩٠ و ٣٩١ — اراجع أيضا « لالو » Lalou في المسئولية بند ٢٨٠ .

(٣) اراجع بلانيول وريبير المرجع السابق بند ٨٤ ؛ جوسران روح الحقوق بند ١٤٧ ؛ مقال « Lapie » في « Journal of Comparative Legislation » ج ١١ من المجموعة الثالثة س ١٩٢٩ من ٦٨ — ٧٤ .

قانونيا له قوة الازام . ولا يمكن الاحتجاج بعدم النص عليه في القانون المدني لأن قاعدة حرية التعاقد تنفي عن مثل هذا النص الخاص ، فان كل عقد لم يمنعه نص فهو جائز . ويخرج من ذلك بقوله ان الوعد بالزواج عقد تبادلي له كل قيمة العقود التي من هذا القليل . إلا أن هذا العقد يتضمن — رعاية لحرية الزواج وتحقيقا لنية المتعاقدين الكينة — حق الفسخ لكل من الطرفين ، ولكل منهما أن يعدل عن الزواج بشرط أن يحاسب على عدوله هذا لأن حق العدول ليس مطلقا وإنما هو حق مقيد يجب أن لا يستعمله إلا لأسباب شرعية فلا يصح له أن يسه استعمله وإلا ألزم بالتعويض . وهو يقرب بذلك بين أحكام الوعد بالزواج هذه وبين عقد ايجار الأشخاص غير محدد المدة طبقا للمادة ١٧٨٠ من القانون المدني المعدلة بقانون ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٩٠<sup>(١)</sup> . وبذلك يكون العدول عن الوعد بالزواج محلا لاساءة استعمال الحق في إحدى نواحيه وهي فسخ العقود .

إلا أن القول بإساءة استعمال الحق في هذا المقام فيه نظر إذ أن ذلك يستلزم أولا أن يكون هناك حق مقرر ويساء استعمله . فهل هذا الحق موجود ؟ يتوقف وجود هذا الحق على التسليم بأن الوعد بالزواج عقد ملزم . إذ أنه على هذا الأساس يمكن البحث في وجود حق في فسخ هذا العقد . فهل يمكن القول بأن الوعد بالزواج طبقا للتشريع الفرنسي عقد ملزم ؟ ان روح التشريع الفرنسي في الزواج تنافي هذا الاعتبار فقد كان المشرع حريصا جدا على حرية الزواج وترك الحرية للطرفين حتى آخر لحظة عندما يقرران أمام الموثق . وهولذلك يستلزم أن يكون قبول الطرفين بشخصيهما بغير وكيل

---

(١) يراجع في ذلك جوسران « روح الحقوق » بند ١٤٨ ؟ ومقال هس المؤلف :  
"Le problème juridique de la rupture des fiançailles" (دالوزالاسبوعى  
س ١٩٢٧ ص ٢١ وما بعدها) .

حرصاً على بقاء هذه الحرية حتى إبرام العقد<sup>(١)</sup>. كما أن عقد الزواج — في نظر البعض — ليس كغيره من العقود العادية حتى أنه يكون موضوع تعهد بفعل<sup>(٢)</sup>. وفضلاً عن ذلك فإن القول بوجود حق الفسخ هذا لكل من الطرفين في مثل هذا التعهد — على فرض التسليم به — يجعل التعهد فعلاً متوقفاً على شرط إرادي لكل من الطرفين وبذلك يكون الوعد بالزواج باطلاً طبقاً للمادة ١١٧٤ من القانون المدني<sup>(٣)</sup>.

ومن أجل ذلك لا محل للقول بنظرية سوء استعمال الحق في هذا المقام كأساس للمسئولية لأن حق الفسخ المزعوم هذا غير موجود وكل ما في الأمر هو أن لكل من الطرفين الحرية — مستمدة من النظام العام — في أن لا يوافق على عقد الزواج<sup>(٤)</sup>.

---

وبما تقدم يمكننا أن نقرر أن تكيف الخطبة من الوجهة القانونية في الشرائع الحديثة لا يخرج عن واحد من ثلاثة.

١ — فاما أن تعتبر الخطبة غير ملزمة قانوناً وأن مجرد العدول عن الوعد لا تترتب عليه مسئولية تعاقدية — اللهم إلا إذا اقترن هذا العدول بخطأ من جانب من عدل سبب ضرراً للطرف الآخر فيسأل عن ذلك باعتباره قد

---

(١) كولان وكايتان ج ١ ص ١٢٨ .

(٢) بلانيول وريبير الطول ج ٢ بند ٨١ .

(٣) بلانيول وريبير الطول ج ٢ بند ٨٤ — والواقع أن في هذا القول مجالاً للاعتراض لأن الشرط الإرادي الذي يطل التعهد يجب أن يكون إرادياً محضاً وأن يكون متوقفاً على إرادة المدين . وحق الفسخ كما يقول به الأستاذ جوسران لا يمكن اعتباره شرطاً إرادياً محضاً لأن من يفسخ تعهده سيؤدى الحساب عنه فهو مقيد بأن يكون الفسخ لسبب مشروع وفضلاً عن ذلك فإن كلا من طرفي الوعد بالزواج متعهد ومتعهد له وقد يفسخ أحد الطرفين التعهد بسبب عمل الطرف الآخر ولا يسأل من فسخ عن تمويض بل قد يكون له هو حق في التمويض .

(٤) بلانيول وريبير الطول ج ٢ بند ٨٤ .

ارتكب فعلا مضرا بالغير يستوجب التعويض طبقا للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ مدنى فرنسى ( ١٥١ / ٢١٢ م م ) — وهذه هى وجهة النظر السائدة فى فرنسا .

٢ — وإما أن تعتبر الخطبة عقداً ملزماً بفعل شيء وهو عقد الزواج وبذلك يكون مجرد الاخلال بالوعد المتبادل مستوجبا لمسئولية من أخل به طبقا للمادة ١١٤٢ مدنى فرنسى ( ١١٧ / ١٧٣ م م ) على أساس التعاقد إلا إذا أثبت أن هناك خطأ من الجانب الآخر دفعه إلى هذا العدول أو قيام سبب شرعى دعاه لذلك . وهذه هى النظرية السائدة فى الشرائع الحديثة .

٣ — وإما أن يقال برأى الأستاذ جوسران Josserand من أن الخطبة ( الوعد بالزواج ) عقد إلا أن لكل من الطرفين حق الفسخ وعليه أن يستعمله لسبب شرعى وإلا اعتبر مسيئاً فى استعمال هذا الحق وكان مسئولاً عما يتبع هذه الاسامة من الاضرار .

وعلى الاعتبار الأول يكون مجال المسئولية أوسع من الاعتبارين الآخرين لأنها تقر ولو لم يكن هناك وعد نهائى ، كما أن المسئولية لا تقتصر على من يكون طرفاً فى الوعد بل قد تتعداه لغير هؤلاء ممن كانوا عاملاً فى الاخلال به كوالد مثلاً ، كما أن مقدار التعويض لا تقيد به القاعدة الواردة بالمادة ١٢٢ / ١٨٠ مدنى من أنه يقتصر على ما يكون متوقع الحصول وقت العقد . إلا أن الغنت فى هذا رأى يأتى من حيث إثبات الخطأ الموجب للتعويض فهو على عاتق مدعى الضرر .

وعلى حسب الاعتبار الثانى يكون مجرد العدول موجبا للمسئولية إلا إذا أثبت ما يخل به من المسئولية وعبه إثبات ذلك واقع عليه — وأما فى رأى الثالث فيلزم إثبات الاسامة كما تقدم .

وتكليف الخطبة فى التشريع المصرى لا يخرج عن أن يكون واحداً من

هذه الصور الثلاث مع إضافة صورة رابعة وهي أن يعتبر الوعد بالزواج غير ذي أثر من الوجهة التعاقدية كما أنه لا يعتبر أساساً لتعويض ما ولو اقترن بما يعتبر خطأ من جانب من عدل .  
وعلى هدى ما تقدم من البيان نبحت الخطبة في التشريع المصرى .

---

## الفصل الثالث

### الخطبة في القانون المصري

#### الفرع الأول - القضاء المختلط

اصطلح القضاء المختلط على تقرير حرية الزواج ووجوب استبعاد كل ما من شأنه الحد من هذه الحرية<sup>(١)</sup>، وأن كل شرط يقرر جزاء يدفعه الخاطب الذي يعدل عن وعده لاقية له، باعتباره حداً بطريق غير مباشر لحرية الزواج<sup>(٢)</sup>.

وطبقاً لهذا القضاء لا تعتبر الخطبة عقداً قانونياً متجاً لالتزام. فعدم تنفيذ الوعد بالزواج لا يمكن أن تترتب عليه مسئولية مرجعها التعاقد<sup>(٣)</sup>. إلا أن ذلك لم يمنع هذه المحاكم من أن تقضى بالتعويض في بعض حالات فسخ الخطبة، وهي تشترط لذلك أن يكون من فسخ الخطبة قد ارتكب خطأ مستقلاً عن فعل الفسخ في ذاته وبشرط أن يترتب على هذا الخطأ ضرر بالطرف الآخر. فالمسئولية هنا ليست ناشئة عن عقد وإنما عن شبه جنحة مدنية<sup>(٤)</sup>.

---

(١) محكمة الاسكندرية الجزئية المختلطة في ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ جازت س ٦ ص ٧٤

رقم ٢٣٤ .

(٢) جزئية بور سعيد المختلطة في ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ جازت س ٦ ص ٢٥ رقم ٤٣ .

(٣) استئناف مختلط في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ بلتان س ٢٠ ص ٢١١ .

(٤) جزئية اسكندرية المختلطة في ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ والسابق الاشارة اليه؛ وجزئية

بور سعيد المختلطة ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٠ سابق الاشارة اليه أيضاً؛ استئناف ٧ مايو سنة ١٩٠٨

بلتان س ٢٠ ص ٢١١ .



وأغلب ما عرض من هذا الموضوع على تلك المحاكم كان بسبب اتصال الخاطب بمن خطبها اتصالاً جنسياً. والمحاكم المختلطة تحكم بالتعويض باعتبار أن الوعد بالزواج كان أساساً لانخداع المخطوبة وتسليمها في نفسها ، وعلى أساس هذا الاتصال الجنسي تقضى بالتعويض وليس لمجرد العدول عن الوعد في ذاته <sup>(١)</sup>. ومن أجل ذلك يشترط أن يكون الوعد بالزواج قد سبق هذه العلاقة الجنسية <sup>(٢)</sup>، وأن يكون تسليم المخطوبة في نفسها للخاطب تحت تأثير هذا الوعد بالزواج بحيث انه إذا كان نتيجة ميل عاطفي متبادل فلا محل للتعويض سواء كان أدياً أو مادياً ولو حصل أثناء هذه العلاقة وعد بالزواج <sup>(٣)</sup>.

وليس التقرير بالمخطوبة وتسليمها في نفسها للخاطب هو السبب الوحيد الموجب لاستحقاق التعويض ، ولكن الاستفادة من صيغة الأحكام المختلطة أن كل خطأ يرتكبه من يعدل ويسبب ضرراً للطرف الآخر يستوجب الزامه بتعويض هذا الضرر ، وأن السبب في ترديد مسألة عبث الخاطب بمخطوبته في الأحكام المختلطة باعتباره أساس التعويض يرجع الى أن أغلب الحوادث التي عرضت على القضاء تضمنت وقائع من هذا القبيل <sup>(٤)</sup>.

وانه ولو أن التعويض الذي تشير اليه هذه الأحكام عام يشمل التعويض عن الاضرار المادية كما يشمل تعويض الاضرار الادبية الآن من هذه الأحكام

---

(١) اسكندرية الجزئية المختلطة في ١٣ مارس سنة ١٩١٥ جازت س ٥ من ١٠٨ رقم ٢٧٩؛ ١٩١٦/١/٢٩؛ جازت س ٦ من ٧٦ رقم ٢٣٩؛ واسكندرية للدية ١٩٢٣/٢/٢٤ جازت س ١٤ من ٤٠ رقم ٥٥ ؛ استئناف مخطط ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ جازت س ٢٠ من ٢٠٧ رقم ١٩٦ ، بلتان س ٤٢ من ٣٠٧ ؛ ١٩٢٨/٤/١٩؛ جازت س ١٨ من ٢٥٢ رقم ٢٢٣ ؛ ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ بلتان س ٤٤ من ١٩٦ .

(٢) استئناف مخطط في ١١/١٢/١٩٣٠ بلتان س ٤٣ من ٧٩ .

(٣) استئناف مخطط في ١٨/١٢/١٩٢٤ جازت س ١٥ من ٩٠ رقم ١٣٣ .

(٤) تراجع الأحكام السالف الاشارة اليها .

ما يعتبر التعويض — في غير حالات التغير السالف الإشارة إليها وإذا كان هناك ما يستوجب التعويض طبقاً للقواعد التي تقدمت — عن الاضرار المادية مما تكلفه الطرف الآخر من النفقات في سبيل هذا الزواج ولا محل لتعويض الاضرار الادبية (١).

والقضاء المختلط في اقراره للبادئ المتقدمة يتفق والقضاء الفرنسى في تكيفه للوعد بالزواج أو الخطبة؛ فيما يتفقان في أن الخطبة لا تكون عقداً ولا ينشأ عنها ارتباط قانونى وأن العدول لا يترتب عليه مسئولية تعاقدية لانعدام العقد ولكن قد يترتب عليه مسئولية إذا اقترن بخطأ من جانب من عدل يدخل في عداد الأفعال المعتبرة من قبيل الجنح المدنية أو أشباهها مما يستوجب التعويض طبقاً للمادة ٢١٢ من القانون المدنى المختلط (المقابلة للبادتين ١٣٨٢ مدنى فرنسى و ١٥١ مدنى أهلى).

. وقد سار القضاء المختلط على هذا الرأى الى تتيجه المنطقية فقضى بمسئولية من لم يكن طرفاً في الوعد المتبادل أو الخطبة إذا ثبت ارتكابه خطأ ما يتصل بهذه الخطبة . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في ٧ مايو سنة ١٩٠٨ (٢) بمسئولية والد المخطوبة التى عدلت وذلك على أساس أن الوالدين أو الأولياء هم المسئولون عن الفسخ لكونهم للخطبة وإعلانها بغير ترو، وأما طرفاً الخطبة فيجب أن يكونا بمنأى عن المسئولية تحقيقاً لما يجب أن يتوافر لهما من الحرية في عقد زواجهما . ومثل هذا الحكم من مقتضى اعتبار المسئولية ناشئة عن شبه جنحة إذ بذلك أمكن تقرير مسئولية من لم يكن طرفاً في الوعد ذاته ما دام أنه ارتكب خطأ يجعله مسئولاً عن التعويض (٣).

---

(١) حكم الاستئناف المختلط في ١٢/٢/١٩٢٨ جازت س ١٨ ص ٢٥٢ رقم ٣٢٤ .

(٢) بلتان س ٢٠ ص ٢١١ .

(٣) يراجع ما تقدم القول به في أحكام الخطبة بفرسا . بلانول وريبير مطول ج ٢ بند ٨٦ .

ومن مقتضيات هذا القضاء أيضاً أنه يشترط لتقرير المسؤولية أن يثبت أن من عدل قد ارتكب خطأ . وإثبات هذا الخطأ واقع على عاتق المدعى الذى يجب عليه أن يبين هذا الخطأ حتى يحكم له بالتعويض . ومع ذلك فقد أصدرت محكمة الاستئناف المختلطة حكماً فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢<sup>(١)</sup> قضت فيه بالتعويض على المخطوبة التى فسخت الخطبة بمحض إرادتها ومن غير أن تبدى سبباً ما لهذا الفسخ . فكأن المحكمة اعتبرت عدم وجود سبب مشروع للعدول خطأ يستوجب المسؤولية . وفى هذا تيسير على المدعى بالتعويض وإن كان لا يصل إلى درجة المسؤولية التعاقدية إلا أنه يوفر عليه مشقة تعيين الخطأ الذى يستوجب الزام المدعى عليه بالتعويض .

ويستنتج مما تقدم أن الخطبة طبقاً للقضاء المختلط لا أثر لها من الوجهة القانونية باعتبارها عملاً قانونياً قائماً بذاته مجرداً عما قد يلابسه من ظروف أخرى . وكما أن الزواج مظهر من مظاهر الحرية الفردية فكذلك العدول عنه مظهر من مظاهر هذه الحرية ، ولا يمكن أن يكون استعمالها محلاً لإساءة لأنها من الحريات التى تتصل بالنظام العام ، ولا تترتب مسؤولية ما عليه إلا إذا اقترن استعمالها بما يعتبر خطأ فى ذاته وهذا الخطأ هو الذى يستوجب التعويض . ولا يمكن القول هنا إعتياداً على حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ والسابق الإشارة إليه أن من المحاكم المختلطة ما يقضى بالتعويض على أساس إساءة استعمال حق العدول ؛ وذلك لأن وجود حق فى العدول غير مسلم به فى ذاته إذ أن وجوده يستلزم أصلاً الارتباط حتى يكون هناك معنى للقول بحق العدول ولم تقل المحاكم المختلطة مطلقاً بأن هناك ارتباطاً قانونياً بشكل ما ينشأ عن مجرد الوعد بالزواج كما تقدم .

والمحاكم المختلطة لا ترجع أحكام الخطبة إلى قوانين الأحوال الشخصية  
فهي تنظر إليها باعتبارها عملاً يخضع لأحكام القانون العام لا علاقة له  
بالأحوال الشخصية . وهذا ظاهر من أننا لا نجد حكماً واحداً أصدرته هذه  
المحاكم تشير فيه المحكمة إلى قوانين الأحوال الشخصية باعتبارها مرجعاً  
لأحكام الخطبة . وما دامت هذه المحاكم تعتبر أن التقيد بالخطبة يتنافى مع  
قاعدة من النظام العام وهي حرية الزواج كما تقدم فمن الطبيعي أن لا تراعى  
أى قانون فى تكليف هذا العمل من الوجهة القانونية بل الحل الذى سارت  
عليه فى قضائها هو الذى يتمشى مع القاعدة الأصلية التى تسترشد بها وهي  
حرية الزواج المطلقة .

#### الفرع الثانى — الخطبة وأحكام المحاكم الأهلية

يتفق القضاء الأهلى مع قضاء المحاكم المختلطة فى إقرار حرية الزواج  
المطلقة ، وتقرير أن هذه الحرية ترجع للنظام العام، وأن كل شرط يمس هذه  
الحرية يعتبر باطلاً وغير جائز قانوناً لمخالفته النظام العام<sup>(١)</sup>.

إلا أن الخطبة المجردة أو الوعد المتبادل بالزواج من غير اشتراط جزاء  
على فسخها كانت محل بحث كثير فى أحكام المحاكم الأهلية وصدرت فيها  
أحكام متناقضة . وقد كان استعراض أحكام الخطبة فى القضاء الأهلى لمناسبتين :  
الأولى — النظر فى استرداد المهر والمدايا التى تقدم بمناسبة الخطبة وذلك فى  
حالة العدول عنها . الثانية — النظر فيما إذا كان من الممكن أن تترتب مسئولية  
على فسخ أحد الطرفين للخطبة من غير رضا الطرف الآخر .

(١) محكمة طابدين الأهلية فى ٢٨ مارس سنة ١٩٠٤ مجلة الاستقلال س ٣ ص ١٢١  
حكم رقم ٢١٣ ؟ ومحكمة الزقازيق الكلية الأهلية فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية  
س ٢٦ رقم ٧٥ ص ١٣٢ .

### أولاً — استرداد المهر والهدايا

عرض هذا الموضوع على المحاكم بوجهين : ١ — من حيث اختصاص المحاكم الأهلية بالنظر في هذا الطلب . ٢ — من حيث القانون الذى ينطبق على مثل هذه الدعاوى .

#### ١ — الاختصاص

اختلفت أحكام المحاكم الأهلية في اختصاص هذه المحاكم بالنظر في القضايا التى ترفع باسترداد المهر الذى دفع والهدايا التى قدمت بمناسبة خطبة فسخت . فمن المحاكم ما قضى بأن مثل هذه الدعاوى من اختصاص القضاء الشرعى ، والبعض الآخر قضى باختصاصها هى بالفصل فيها . ويرجع هذا الخلاف إلى ما يفهمه كل من هذه المحاكم تفسيراً للمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية التى تنص على أنه : « ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر في المنازعات المتعلقة بالدين العموى أو أساس ربط الأموال الأميرية ولا في المسائل المتعلقة بأصل الأوقاف ولا في مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها ولا في مسائل الهبة والوصية والموارث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية ولا يجوز لها أيضاً أن تؤول الأحكام التى تصدر فيها من الجهة المختصة بها » . وأساس هذا الخلاف هو معرفة ما إذا كانت الدعوى بطلب رد المهر المدفوع والهدايا قبل الزواج تعتبر من مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر بالمعنى المقهوم من هذه المادة أو أنها خارجة عنها .

قضت بعض المحاكم بأن الفصل في مثل هذه المنازعات من اختصاص المحاكم الشرعية ( أو جهة الأحوال الشخصية ) لأن الخطبة من صميم الأحوال الشخصية فقد تناولتها الشرائع الدينية في تعريفها وفي بيان أحكامها

وأثارها وغير ذلك مما هو معروف في الشريعة الإسلامية وكذلك في الشريعة المسيحية كما أن الشريعة الإسلامية قد عالجت موضوع المهر والهدايا التي تقدم قبل تمام العقد ونصت على أحكام خاصة في حالة العدول عن الزواج وبينت حدود الحق في استردادها وهذه المسائل كلها تناولها الفقهاء الشرعيون بالبحث واختلفت آراؤهم بشأنها<sup>(١)</sup>. وقضى فريق آخر من المحاكم باختصاص المحاكم الأهلية بنظر هذه الدعاوى بحجة أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية لم تعرض إلا لعقد الزواج من حيث هو فما كان متعلقاً بصميم هذا العقد فهو خارج عن اختصاص المحاكم الأهلية وما عداه فهو من اختصاصها<sup>(٢)</sup>، وأن المادة ١٦ المذكورة بنصها على مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر تستلزم أن يكون هناك نكاح قائم شرعاً بمقتضى عقد شرعى فإذا دفع الخاطب المهر ثم عدل عن الزواج وطالب بالمهر الذي دفعه كانت المحاكم الأهلية مختصة في الدعوى<sup>(٣)</sup>، وأنه كلما انحصر النزاع في أمر المهر وغيره من المسائل المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية انحصاراً له صفته المالية البحتة ولم يتصل اتصالاً جدياً بأمر شرعى يدخل في اختصاص القضاء الشرعى فهو من اختصاص القضاء الأهلى فالدعوى باسترداد هبة تسلمت للخطوبة عن خطبة لم تتم (التعبير سقيم والصحيح خطبة فسخت) وهو

- 
- (١) محكمة النقضية الجزئية ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية س ٣٠ رقم ٦٠ ص ١٤٢؛ الاسكندرية الكلية الأهلية ٩ يولي سنة ١٩٢٩ المحاماة س ١٠ رقم ٩٧ ص ١٨٨؛ محكمة الأوبكية الأهلية ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣١ غير منشور وهو خاص باسترداد مهر؛ ومحكمة استئناف مصر الأهلية في ٢١ ديسمبر ١٩٢٨ المحاماة س ٩ رقم ١٣٩ ص ٢٣٦.
- (٢) محكمة الفيوم الأهلية في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة س ١١ ص ١٨١ رقم ١١٠.
- (٣) استئناف مصر في ٥ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة س ٥ ص ٣٢٤ رقم ٢٨٧ —
- يراجع أيضاً استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة س ٦ رقم ٤٨٧ ص ٢٩٥، المجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١؛ والاسكندرية الكلية الأهلية في ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٩ وقد ألقى حكم للنقض في ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٨، يراجع حكم الاسكندرية الأهلية الصادر في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية س ٣٢ ص ٧٣ رقم ٣٠.

الأمر المقطوع فيه بالمادة ١١٠ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى  
باشا هذه الدعوى من اختصاص المحاكم الأهلية<sup>(١)</sup>. والرأى الأخير  
هو الذى رجح قضاء فى هذا الموضوع فقد جرت عليه أحكام محكمة  
الاستئناف كما تقدم القول<sup>(٢)</sup>. وسنرى فيما بعد أى الرأىين أقوم سيلا .

## ٢ - القانون الذى تطبقه المحاكم الأهلية اذا عاقضت بأحكامها

تقدم القول بأن المحاكم المختلطة تنظر إلى الوعد بالزواج والخطبة  
نظرا إلى أى عمل آخر من أعمال الإنسان يخضع لأحكام القانون العامة ولم  
ترجعه إلى الأحوال الشخصية بحال ولم يرق هناك شك فى اختصاص تلك  
المحاكم فيما ينشأ عن فسخ الخطبة من وجوب رد الهدايا التى قدمت . ولذلك  
كان من الطبيعى أن لا تثار مسألة القانون الواجب اتباعه فى مسائل الخطبة  
حتى ان محكمة الاستئناف المختلطة قررت أن العرف جرى بأن ما يهديه  
الحاطب لخطيبته يرد عينا إذا فسخ الخطبة<sup>(٣)</sup>؛ فقد أرجعت حكم الرد هنا  
إلى العرف الجارى ولم ترجعه إلى قانون شخصى ما .

أما المحاكم الأهلية فقد بينا ماذا كان من أمرها فى الاختصاص بنظر  
دعاوى رد المهر والهدايا إذا فسخ الخطبة . وقد كان من الطبيعى أنه إذا  
قضت محكمة ما باختصاصها بالفصل فى هذا الموضوع أن تبحث وراء القانون  
الذى تطبقه هذه المحكمة . وقد جرى قضاء هذه المحاكم على الرجوع

---

(١) ملطى الكلية الأهلية فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة س ١٠ ص ٣٢٦ رقم ١٦٨٨  
ومجلة المحاماة المرمية س ١ ص ٣٣٣ رقم ١٠٥ .

(٢) تراجع الأحكام للشار إليها بالمواضع السابقة .

(٣) حكم الاستئناف المختلط فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ والسابق الاشارة اليه « بثنان »  
س ٣٤ ص ٢١٤ .

لأحكام القانون الشخصي فالشريعة الإسلامية للسليين والشرائع الخاصة لغيرهم .

وتطبيقاً لذلك قضى بأن هدايا الخطبة لا تخرج عن كونها نوعاً من أنواع الهبة تسرى عليها أحكامها القانونية ، وأن أحكام مذهب الإمام أبي حنيفة وهي المعمول بها في مسائل الهبة في مصر تقضى بجواز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع من الموانع التي حصرها الفقهاء<sup>(١)</sup>، فيجوز للخطاب أن يرجع فيما قدمه من الهدايا الخطيبته كما هو مقرر بالمادة ١١٠ من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا<sup>(٢)</sup>، كما قضى بأن من عدل من أبناء طائفة الروم الأرثوذكس عن الخطبة بلا موجب فإن كان الرجل خسر كل ما قدمه عربوناً أو هدايا وإن كانت الآثى أرجعت العربون والهدايا<sup>(٣)</sup>، وأن قانون الأحوال الشخصية الخاص بالروم الأرثوذكس ينص على أنه : « ليس للشباب أن يسترد ما قدمه لخطيبته بعد فسخ عقد الخطبة الكنائسية التي ارتبط به معها بحضور خادم الكنيسة المذهبي بدون سبب شرعى فإن لم تحصل

(١) موانع الرجوع في الهبة على مذهب أبي حنيفة هي : ١ — الموت ، ٢ — الفراية المهرية ، ٣ — الزوجية ، ٤ — موت الواهب أو الموهوب له ، ٥ — هلاك الشيء الموهوب أو تغييره من حالة إلى حالة حتى تزول صورته الأولى وأهمه ، ٦ — خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له ، ٧ — زيادة للموهوب زيادة متصلة . يراجع التزام التبرعات للشيخ أحمد إبراهيم بك مجلة القانون والاقتصاد س ٣ ص ٤١ .

(٢) محكمة الاسكندرية الابتدائية الأهلية في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية رس ٣٢ ص ٧٣ رقم ٣٠ : استئناف مصر الأهلية في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجلة المحاماة س ١٢ ص ٨٥٥ رقم ٤٢٢ (استئناف الحكم السابق) — يراجع أيضاً استئناف مصر الأهلية في ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ٤٥ ص ٦٨ .

(٣) وذلك تطبيقاً للقاعدة ١٢ من موجبات فسخ الخطبة من كتاب المعامى الجديد تأليف الحورى عبد الله شقير طبع بيروت سنة ١٩١٤ ص ٥٨٥ . حكم محكمة استئناف مصر في ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ مجلة المحاماة السنة السادسة رقم ٤٨٧ ص ٧٩٥ . المجموعة الرسمية س ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١ .



الخطبة بحضور الكاهن جاز للخطيب أن يسترد هداياه ولو فسخ الخطبة بغير سبب شرعى<sup>(١)</sup>.

فالمحاكم الأهلية رغم قضائها باختصاصها فيما يرفع من دعاوى برد ما دفع من مهر أو قدم من هدايا أثناء الخطبة إذا فسخت فانها ترجع لقانون الأحوال الشخصية فيما تطبقه من أحكام ، وبذلك تكون الخطبة — طبقاً لقضاء المحاكم الأهلية — تابعة لعقد الزواج من حيث القانون الذى يحكمها. ومن ثم يتعين مراعاة أحكام القانون الشخصى عند النظر فى تقرير كل ما يتعلق بالخطبة من الأحكام.

#### ثانياً : المسئولية الناشئة عن فسخ الخطبة

لقد شاع عرض هذا الموضوع على القضاء فى السنين الأخيرة شيوعاً يلفت النظر ؛ إذ أن شعور جمهور الناس إلى عهد قريب كان يأبى عرض مثل هذه القضايا فى ساحات المحاكم رعاية للحرمان الخاصة من أن تلوكها إلا لسته فى دور القضاء . ولهذا السبب لا نجد فى المجموعات القضائية من أثر لهذه القضايا قبل عشر السنوات الأخيرة اللهم الا القليل ، وهذا القليل بين غير المسلمين عن ألفوا العادات الأوربية .

والظاهر أن التطور الاجتماعى الكبير الذى أحدثته الحرب الكبرى والثورة المصرية الأخيرة وما كان له من أثر فى تطور الأخلاق واختلاط النساء بالرجال وتسرب الكثير من العادات الأوربية الى المجتمع المصرى بالشكل الذى نراه اليوم ساعد على تهيئة الظروف لمثل هذه القضايا بما أحدثه من تطور فى صلة الخاطب بمن يخطبها من حيث الاختلاط للدرجة .

---

(١) محكمة كرموز الجزئية الأهلية فى ١٨ يناير ١٩١٩ مجلة الصرائح س ٦ ص ١٥٢  
رقم ٣١ . وفى هذا المعنى أيضاً حكم محكمة بنى سويف الابتدائية الأهلية الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ الصرائح س ٣ ص ١٠٥ رقم ٢٣ .

تجعل فصح الخطبة بعد ذلك مدعاة للأقاويل فضلاً عما فيه من غضاضة على نفس من كان فسخ الخطبة على غير إرادته . فتغير الشعور العام ولم يحد الناس في عرض مثل هذه القضايا على المحاكم ما كانوا يشعرون به من حرج . وقد عم هذا الشعور جميع الطبقات حتى البيوت التي لا زالت تراعى التقاليد الدينية والاجتماعية القديمة لحد بعيد .

وقد رأينا كيف أن المحاكم الأهلية ترجع لأحكام الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية الأخرى في بيان أحكام المهر والهدايا قبل عقد الزواج وبعد فسخ الخطبة، وكيف أن هذه المحاكم تقيدت بأحكام القوانين الشخصية بما يلزمها (لكن تكون مستقيمة في قضائها) اتباع أحكام هذه القوانين فيما عدا ذلك من أحكام الخطبة . ولهذا السبب كان الموضوع دقيقاً ، ففي مثل هذه القضايا تجد المحاكم نفسها أمام قانونين يقيدانها : أحدهما القانون الشخصي ، والآخر هو القانون المدني . والدقة في سياسة أحكام كل منهما بحيث لا يتعارضان . ولهذا السبب أيضاً كانت دراسة أحكام الخطبة في الشريعة الإسلامية متعينة باعتبارها القانون العام في مسائل الأحوال الشخصية . إذ على أساس هذه الدراسة يمكننا أن نقدر أحكام المحاكم الأهلية . ولنبدأ بهذه الأخيرة أولاً .

كان على المحاكم لكي تفصل في هذا الموضوع أن تبين أولاً : تكييف الخطبة من الوجهة القانونية ، ثم تبين أثر فسخ الخطبة من أحد الطرفين .

#### ١ - تكييف الخطبة من الوجهة القانونية

تتفق أحكام المحاكم جميعاً على أن الخطبة لا تلزم الطرفين بإجراء عقد الزواج . والأحكام صريحة في ذلك . وهذا تحقيق لقاعدة حرية الزواج . فلا تصح دعوى ترفع بطلب عقد زواج تنفيذاً لوعده متبادل أو خطبة . ولم تشذ محكمة من المحاكم عن هذه القاعدة بل لم تتساهل إحداها في تطبيقها

لأن حرية الزواج في نظر القضاء من النظام العام<sup>(١)</sup>.

وتتفق هذه الأحكام أيضا على انكار صفة العقد للخطبة . والأحكام في ذلك تستند على المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا التي تقضى بأن : « الوعد بالنكاح في المستقبل وبمجرد قراءة الفاتحة بدون اجراء عقد شرعى بايجاب وقبول لا يكون كل منهما زوجا وللخاطب العدول عن خطبها والخطوبة رد الخاطب الموعود بتزويجها منه ولو بعد قبولها أو قبول ولها ان كانت قاصرة هدية الخاطب ودفعه المهر كله أو بعضه . كما أنها ترجع في ذلك الى ما تفهمه من أنه حكم الشريعة الاسلامية في هذا الموضوع ، وهو ما تنطق به أسباب أغلب هذه الأحكام<sup>(٢)</sup> . هذا ما تفهمه المحاكم من أحكام الشريعة الاسلامية في هذا الموضوع ، ومنها ما يذهب إلى القول بأن الخطبة مجردة شرعا من كل اعتبار قانوني<sup>(٣)</sup> . وسنرى فيما بعد قيمة هذا القول من الوجهة الشرعية . كما أننا سنرى عند الكلام على الأثر المترتب على فسخ الخطبة من أحد الطرفين اتجاهها في القضاء يحد في جوهره من هذا الانكار المطلق للخطبة من الوجهتين الشرعية والقانونية .

---

(١) يراجع حكم محكمة الاستئناف الأهلية في ٢٩ مايو سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية من ٨ من ٤٧ رقم ٣٨ .

(٢) يراجع في ذلك حكم محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ . المجموعة الرسمية من ٣١ من ٥٣ رقم ٢٧ ؛ وحكم الاسكندرية الأهلية في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية من ٣٢ من ٧٣ رقم ٣٠ ؛ واستئناف مصر في ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ المحاماة من ٦ رقم ٤٨٨ من ٧٩٨ ، والمجموعة الرسمية من ٢٧ رقم ٤٥ من ٦٨ ؛ استئناف مصر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة من ١١ من ٦٢٦ رقم ٣١٣ ؛ استئناف مصر في ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة من ١٢ من ٨٥٥ رقم ٤٢٢ .

(٣) استئناف ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ و ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٠ السابق الإشارة اليهما .

## ٢ - أثر فسخ الخطبة من أهم الطرفين

فضلا عن رد ما يكون قد دفع من مهر أو قدم من هدايا هل يمكن أن يبنى على فسخ الخطبة تعويض لأحد الطرفين إذا أصاب الطرف الآخر من ذلك الفسخ ضرر؟ هذا هو موضوع البحث وهو بيت القصيد . هناك حالة يجب أن نستبعدا أولا فقد قلنا أن المحاكم اتفقت على إنكار أن الخطبة عقد ومن ثم ففسخها لا يمكن أن يعتبر إخلالا بعقد لأن هذا العقد لم يوجد وهو لا يوجد إلا بعقد الزواج وهو خارج عن موضوعنا . وعلى هذا الأساس لا يمكن القول بأن القضاء المصرى يعتبر الفسخ فى ذاته مصدرا للمسئولية لأنه استبعد المسئولية التعاقدية من هذا المجال<sup>(١)</sup> .

وبتحليل أحكام المحاكم المصرية فى هذا الموضوع نجد أنها اتجهت إلى ثلاث وجهات مختلفة :

- ١ - فمنها ما قرر أن الفسخ فى ذاته وإن لم يكن موجبا للتعويض فإن الظروف التى تلابس هذا الفسخ قد تكون موجبة للتعويض .
- ٢ - ومنها ما قضى بأن فسخ الخطبة هو حق مقيد وأن الاسماء فى استعماله تستوجب الحكم على المسمى بالتعويض .
- ٣ - ومنها ما قضى بأنه لا يمكن أن يترتب على فسخ الخطبة حق ما فى أى تعويض .

### الزأى الأول :

تقتضى بعض المحاكم بأنه وإن كانت الخطبة فى ذاتها غير ملزمة وأن مجرد العدول عنها لا يترتب عليه فى ذاته حق تعويض وذلك إبقاء على حرية الزواج فإنه إذا اقترن العدول بخطأ من جانب من عدل فى حق الطرف الآخر سبب

---

(١) مراجع حكم الاسكندرية الأهلية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ والتابى الاشارة اليه .

لهذا الأخير ضرراً فإن من عدل يلزم بتعويض هذا الضرر . فقد قضى<sup>(١)</sup> بأنه « من المسلم به قانوناً اعتبار الزواج والوعد به من النظام العام ومن المسلم به أيضاً أن العدول عن الوعد لا يترتب عليه أية مسئولية إلا اذا كان في هذا العدول ما حمل أحد الطرفين ضرراً مادياً كان أو أدنياً بسبب خطأ وقع بمن عدل في حق الآخر فالعدول في ذاته لا يستوجب تعويضاً لأنه روعي أن رابطة الزوجية التي تقوم عليها سعادة العائلة يجب أن يترك كل طرف من طرفي العقد فيها حراً طليقاً إلى آخر لحظة يختار لنفسه ما يقدر فيه السعادة دون أن تناقض الأسباب التي دعت إلى العدول صيانة لأسرار العائلات إذ المداخلة والتعمق في بحث هذه الأسباب مما يؤدي غالباً إلى نتائج سيئة ضارة بالطرفين لهذا روعي أن تعطى الحرية التامة في أن يختار كل زوج وكل زوجة الشريك الصالح الذي يستقر الرأي على الارتباط معه برابطة الزوجية . فلم يبق بعد هذا — وقد أجمعت الأحكام والشرائح على ما تقدم — إلا بحث الخطأ من جانب المدعى عليه ومعركة إن كان هناك خطأ حقيقة أضر المدعية مادياً أو أدنياً يستوجب الزامه بتعويض مالها .. فطبقاً لهذا الرأي لا يعتبر الإخلال بوعد الزواج المتبادل مستوجبا في ذاته للتعويض أي أنه لا مسئولية بسبب الإخلال بعقد لانعدام وجود هذا العقد وإنما المسئولية هنا مترتبة على ما يرتكبه أحد الطرفين من خطأ في حق الطرف الآخر يسبب له ضرراً ما فيلزم بتعويض هذا الضرر . فأساس المسئولية هنا هو الفعل الضار طبقاً للبادئة ١٥١ من القانون المدني الأهلي<sup>(٢)</sup> .

(١) محكمة اليوم الجزئية الأهلية في ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ مجلة المحاماة ص ١١

ص ١٨١ رقم ١١٠

(٢) استئناف مصر في ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ص ٦ رقم ٤٨٧ ص ٧٩٥ ،  
المجموعة الرسمية ص ٢٧ رقم ١٠٣ ص ١٦١ ؛ استئناف أهل في ٢٩ مايو سنة ١٩٠٦  
للمجموعة الرسمية ص ٨ ص ٧٧ رقم ٣٨ .

وهذا رأى يتفق مع ما استقر عليه قضاء المحاكم الفرنسية في هذا الموضوع ، فقد قدمنا أنه طبقا لأحكام المحاكم الفرنسية لا يعتبر الوعد بالزواج منشئا لارتباط قانوني وأن العدول عنه في ذاته لا يوجب التعويض وأن ما يوجب هو ما قد يرتكبه الطرف الذى عدل من أخطاء مستقلة عن فعل العدول المجرد وينشأ عن هذه الأخطاء ضرر للطرف الآخر فيعوض طبقا للمادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ من القانون المدنى الفرنسى <sup>(١)</sup> . وفضلا عن حرمان الخطبة من كل قوة الزام طبقا لهذا القضاء فإن المحاكم تنص على عدم جواز البحث في أسباب العدول عن الخطبة . والمقصود بذلك فوق عدم المساس بأسرار الأسر كما هو مسطور في هذه الأحكام صراحة أن في هذا الحظر أيضا إبعاد كل مساس بحرية العدول في ذاته ، ولو أن البحث في أسباب العدول عن الخطبة قد يكون في أغلب الأحيان متعينا لادراك وجه الخطأ من جانب من عدل . والواقع أنه يصعب جدا إثبات خطأ من جانب من يعدل بشير تعرض لما دعاه لهذا العدول .

وعلى أساس هذا رأى أيضا يكون العدول عن الخطبة اباحة صرفة كالخطبة تماما ، ولا يمكن أن يوصف هذا العدول بأنه حق حتى يمكن القول بإساءة استعماله لأن التسليم بوجود حق في العدول يستلزم القول بأن الخطبة أنشأت ارتباطا <sup>(٢)</sup> وذات يتنافى مع القاعدة التى بنى عليها هذا رأى .

والتمشى مع هذا رأى إلى نتيجة القانونية المنطقية يقتضى أن يحكم بالتعويض على كل من يرتكب خطأ متصلا بالخطبة وينشأ عنه ضرر للغير ولو كان هذا المخطئ غير طرفي الخطبة ، كما أنه لا يتحتم أن يكون هذا الخطأ من جانب الطرف الذى عدل عن إتمام الزواج بل من الجائز أن يكون من

(١) مراجع ما قدم من ٨٥ وما بعدها

(٢) مراجع ما سبق القول به عن القضاء المختلط .

الطرف الآخر وأن يكون عدول شريكه بسبب هذا الخطأ فيكون لهذا الأخير رغماً عن عدوله حق في طلب تعويض من الطرف الآخر . ومن ذلك يتبين أن العبارة التي وردت في حكم محكمة الفيوم السالف الذكر ، إلا اذا كان في هذا العدول ما حمل أحد الطرفين ضرراً مادياً كان أو أدبياً بسبب خطأ وقع عن عدل في حق الآخر ، قول غير صحيح على إطلاقه لأن هذا القول يشعر بأن الضرر وبالتالي التعويض لا يتصور إلا من جانب من عدل مع أن العكس محتمل وقد يكون صحيحاً (١) .

والضرر الذي يصيب أحد الطرفين من جراء خطأ الآخر إما أن يكون مادياً كالنفقات التي يتكبدها في سبيل الزواج الذي مهد له . وإما أن يكون أدبياً محضاً كجرح الشعور والاحساس وتعريض الطرف الآخر للأقاويل . وكلا النوعين يدخل تحت نص المادة ١٥١ من القانون المدني فيشمله التعويض (٢) . إلا أنه بالرغم من ذلك فقد قضى بأنه لا تعويض إلا عن الخسارة المادية التي تكون نشأت عن عدم الزواج (٣) . غير أن هذا رأى قديم هجره القضاء واستقر على عكسه كما تقدم .

ومن استعراض الاحكام التي تقدمت نجد أن هذا القضاء يتفق والقضاء المختلط في تكيف الخطبة من الوجهة القانونية وفي الأثر المترتب على العدول عن إتمام الزواج وأساس المسؤولية التي قد تنجم عن هذا العدول .

### الرأى الثانى :

يتفق هذا الرأى مع سابقه في أن فسخ الخطبة قد يكون محلاً لالزام

(١) ولعل السبب في صيغة العبارة بهذه الكيفية راجع إلى طرف القضية الحاس وهو أن المدعى عليه هو الذى عدل عن إتمام الزواج وهو المطلب ( بفتح اللام ) بالتعويض .

(٢) تراجع استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ والفيوم الجزئية ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ السالف الإشارة إليهما .

(٣) استئناف أملى ٢٩ مايو سنة ١٩٠٦ السابق الإشارة إليه .

أحد الطرفين بتعويض ما قد يصيب الطرف الآخر من الأضرار من جراء هذا الفسخ. إلا أنه يختلف عن الرأي الآخر في تكييف الخطبة من الوجهة القانونية وتكييف العدول عن إتمام عقد الزواج ثم أساس المسؤولية وما قد يترتب على ذلك من نتائج.

وأهم ما صدر من الأحكام طبقاً لهذا الرأي هما حكمان صدرتا من محكمة الاسكندرية الكلية الأهلية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩<sup>(١)</sup> و ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠<sup>(٢)</sup> وبخاصة الحكم الأول فهو فضلاً عما يتميز به من ظروف القضية التي صدر فيها فقد استعرض الموضوع من جميع نواحيه.

وتبدأ المحاكم التي تأخذ بهذا الرأي بتقرير أحكامها على أساس قواعد الشريعة الإسلامية في هذا الموضوع من حيث نظرها إلى الخطبة وفسخها وما يترتب على ذلك من آثار وتقرن هذه الأحكام بما يلتزم معها من أحكام القانون المدني.

وينبنى هذا الرأي على قاعدتين تستخلصهما المحاكم من أحكام الشريعة الإسلامية وهما: أن الخطبة عقد مستحب تنشأ عنه ارتباطات، وأن العدول عن الخطبة حق استعماله مقيد بحكمة خاصة.

أما عن كون الخطبة عقداً فلم تقل الأحكام بذلك صراحة ولكن سياق التفكير الذي تسلكه هذه الأحكام يشعر بذلك كالمقارنة بين أحكام الخطبة في القانون الفرنسي وأحكامها في الشريعة الإسلامية لتأييد وجهة نظرها من حيث مسؤولية الخاطب الذي يعدل بقوله: إن الشريعة الفرنسية تقضى مثل الشريعة الإسلامية بأن الوعد بالنكاح ليس نكاحاً وأن لكل من الخاطب والمخطوبة العدول كما تقضى بجواز استرداد الهدايا طبقاً للعادة ١٠٨٨ م إلا أن القضاء الفرنسي وهو يرى الوعد بالزواج وعداً باطلاً

(١) الحامات ١٠ من ٣٥٠ رقم ١٧٤ المجموعة الرسمية س ٣١ رقم ٢٧ من ٥٣.

(٢) المجموعة الرسمية س ٣٢ من ٧٣ رقم ٣٠.



لمخالفته لمبدأ حرية الزواج الى حين تمام عقده الرسمي لم يتردد في تنفيذ إشرافه على المنازعات الناشئة عن العدول عن الخطبة مهما دقت ولم يتردد كذلك في تقرير مبدأ مسؤولية الخاطب الذي يسمى استعمال حقه في العدول فيضرب بمخطوبته أديبا أو ملديا. فإذا كان هذا هو حكم الشريعة الفرنسية وهي ترى الوعد بالزواج محرما فما بال حكم الشريعة الاسلامية وهي ترى الخطبة سنة مستحبة تحض عليها كقعدة لزواج (١).

وطبقا لهذا القضاء ليس العدول عن الخطبة مجرد اباحة للشخص الذي يعدل يأتيا. وهو في مأمن من المسؤولية، وإنما هو حق مقيد في استعماله بوجود مسوغ يقتضيه عندما يظهر أن الزواج المزمع لا يحقق غايته المأمولة، وأن عدم التقيد بالخطبة لا يبرر استعمال حق العدول لغير الغرض الذي شرع من أجله ويكون في ذلك إضرار بالغير وبني على الاعراض، فلم تغرر الشرائع الحقوق متما للافراد يلهون بها ويعبثون وإنما قررتا وأوجبت حمايتها لتحقيق أغراض نظامية سامية وبقدر تحقيق تلك الأغراض تكون حمايته لتلك الحقوق (٢).

وتعبر هذه الأحكام دائما عن العدول عن الخطبة بأنه حق وبأن استعماله مقيد بالحكمة التي شرع من أجلها فان خرج عن هذه الحكمة كان إساءة تستوجب الزام فاعلها بتوض ما ينشأ عنها من ضرر. والتعبير عن العدول بأنه حق يستلزم القول بأن الخطبة ينشأ عنها ارتباط والا لما وجد حق العدول إذ أن إعطائه شخص حقاً في أن يعدل معناه تمكينه من أن

(١) يراجع حكم محكمة الاسكندرية الأهلية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ السالف الذكر.

(٢) حكم الاسكندرية ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المثار اليه سابقا — يراجع أيضا حكم الاسكندرية في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ السابق الإشارة اليه؛ واستئناف مصر ٣٠ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة س ١٢ ص ٥٣٨ ورقم ٢٦٦.

يتحلل مما هو فيه وهو في غير حاجة لذلك إذا كان لم يرتبط بشيء من أول الأمر. وبعبارة أخرى من العبث أن نقول بوجود حق في العدول إذا لم يكن قد نشأ ارتباط قانوني ما يستدعي التفكير في العدول عنه . وهذا يؤيد ما قلناه من أن هذه المحاكم تعتبر أن الخطبة غير مجردة من كل أثر شرعي وإنما هي منشئة لارتباط لحد ما .

وتقتضى المحاكم بأن حق العدول هذا مقيد بالحكمة التي من أجلها شرع هذا الحق وهي ظهور ما يخشى منه أن الزواج المزمع لا يحقق غايته المأمولة .. ولما كان هذا القيد عاما لا يمكن تحديده وهو ليس بقابل للتحديد بحكم طبيعته قررت المحاكم أن لها أن تعرف سبب عدول الخاطب<sup>(١)</sup> ، وأن القضاء لا يستطيع أن يتخلى عن سلطته في تقدير الأفعال التي يترتب عليها اضرار أحد الخطيبين بالآخر سواء كان بسلوكه أثناء الخطبة أو بعدوله عنها بكيفية ضارة احتجاجا بدقه وصعوبة تقدير مثل هذه الأمور الشخصية للصيقة بالحرمان فما كانت دقة النزاع لتصلح دفعا لعدم اختصاص القضاء بنظره وليس أحق برعاية القضاء وإشرافه شيء أكثر من الأعراض والحرمان لساسها بذات الانسان وهو الذي من أجله شرعت كافة القوانين ونصب القضاء للإشراف على تنفيذها ، وأن في قيام سلطة القضاء رقية على مثل تلك الأمور ما يردع عن إساءة التصرف<sup>(٢)</sup> .

على أن مظهر الإساءة — طبقا لهذا الرأي — لا يقتصر فقط على حق العدول عن الخطبة فهو ينسحب أيضا على حق الخطبة في ذاته ، فإن من يتقدم الى الخطبة ويتأذى فيها وهو يعلم أن مرضه يمنعه عن الزواج مثل هذا الشخص لا يكون بمنأى عن المسؤولية<sup>(٣)</sup> .

(١) الاسكندرية في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المشار اليه سابقا .

(٢) حكم الاسكندرية ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ السابق الذكر .

(٣) حكم محكمة الاسكندرية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ السابق ذكره .

على هذا الأساس يبنى أصحاب هذا الرأى المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة ويرجعونها إلى الاساءة فى استعمال حق العدول . ولكن المحاكم التى تقضى بذلك تقرر أن المسؤولية هنا ليست بالمسؤولية التعاقدية « *responsabilité contractuelle* » وإنما هى مسؤولية عن فعل ضار أو جنحة مدنية « *responsabilité délictuelle* »<sup>(١)</sup>. وبذلك تناقضت هذه الأحكام مع مامهت به لهذه المسؤولية من أساس فقد تقدم القول بأن حق العدول مقيد بعدم الاساءة ، وأن القول بوجود حق فى العدول يقتضى القول بالتزام سابق ، فالقول بعد ذلك بأن المسؤولية ناشئة عن فعل ضار أو جنحة مدنية « حتى لا يحتاج بعدم العقد ، كما تقرر محكمة الاسكندرية فى حكمها المشار إليه تناقض مع ما سبق أن قرره . والنتيجة الطبيعية لمامهت به هو أن تعتبر المسؤولية هنا تعاقدية . وبمقارنة هذا الرأى بالرأى الأول يلاحظ أن المحاكم هنا اتبعت بما وصلت إليه المحاكم التى تقضى بالرأى الأول الذى أشرنا له ، ولكن من طريق مختلف كان يقتضى أن تكون النتيجة مختلفة من حيث يان طبيعة المسؤولية المترتبة على العدول .

ومن المحاكم ما يحاول فوق تقييد حق العدول عن الخطبة أن يقيد أيضاً حق استرداد الهدايا بالتقييد السابق وهو أن لا يكون فى العدول إساءة من جانب من عدل . وتستند فى ذلك إلى رأى بعض المؤلفين<sup>(٢)</sup> فتقرر أن حق استرداد الهدايا ينصرف فقط إلى الأحوال التى يكون فيها العدول حكماً معقولاً له مبرره دون أن يمس كرامة المخطوبة أو يهدد مستقبلها بالخطر<sup>(٣)</sup> . وأكثر من ذلك أن هذه المحاكم تحاول أن تجمد من أحكام الشريعة

---

(١) الحكم السابق .

(٢) تراجع رسالة عبد الفتاح السيد بك فى حقوق المرأة المتروجة فى الاسلام ص ٢٩ .

(٣) حكم محكمة الاسكندرية فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ المشار إليه أعلاه .

الاسلامية في هذا الموضوع — موضوع استرداد الهدايا إذا لم يتم الزواج — أساساً للقول بالمسئولية، وذلك اعتماداً على رأى من قال بأن علماء الفقه لم ينصوا على حكم الهدايا إذا ما كان عدم إتمام الزواج آتياً من جهة الخاطب كما لو مات أو أبى، واستنتاجهم من النص فقط على حالة العدول من جانب المخطوبة أو وليها أن رد الهدية مقصور على هذه الحالة، أما إذا كان من جانب الخاطب فلا رد. وهم يحاولون بذلك القول بأن الفقهاء قصدوا حرمان الخاطب الذى يعدل عن استرداد الهدايا تعويضاً للمخطوبة<sup>(١)</sup>. وسنرى فيما بعد قيمة هذا الاستنتاج من الوجهة الفقهية، وما إذا كان من الجائز أن يكون حكم استرداد الهدايا محلاً للاستناد عليه في تقرير التعويض عن فسخ الخطبة أو رفضه.

### الرأى الثالث :

وهو الرأى الذى يكاد قضاء محكمة الاستئناف أن يكون قد استقر عليه. وهو يقضى بالألمسئولية مطلقاً على الخاطب الذى يعدل عن إتمام عقد الزواج إذ أن العدول عن الخطبة طبقاً لهذا الرأى هو إباحة صرفة لا يمكن أن تترتب عليها أى مسئولية.

وأهم الأسباب التى يبنى عليها هذا الرأى هى :

١ — أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يتجهوا فى بحثهم إلى استظهار حقوق المخطوبة التى عدل عنها بل قصروا بحثهم فى تتبع حق الخاطب فيما قد يكون دفعه لما قبل العدول. فيفهم من هذا أن العدول أمر مباح لإباحة صرفة، فليس إذن من سبيل إلى تحميل الخاطب الذى يعدل مسئولية عمل مشروع لاسيما

---

(١) حكم الاسكندرية ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ سالف الذكر — وتراجع أيضاً الكتب التى أشار إليها مى : شرح الأحوال الشخصية للاستاذ الشيخ محمد زيد بك ج ١ ص ١٧٠ ؛ وحاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠٣

وأن الشريعة لا تحمل الزوج الذى يطلق زوجته قبل الدخول إلا خسارة نصف المهر الذى دفعه مع أن الزواج خطوة أبعد أثراً من الخطبة<sup>(١)</sup>.

٢ - طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية يجوز للخاطب أن يعدل ( المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية ) ، وأن هذا الحق أباحة صراحة لا يمكن تقييدها . أما القول بأن استعمال هذا الحق يجب ألا يقتصر بإساءة تطبيقاً للحديث « لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام » فقول غير مقبول لأن تطبيق هذا الحديث فى الفقه الإسلامى خاضع لشروط مخصوصة سواء فى التطبيقات القضائية أو التشريعية . فشروطه فى التطبيقات القضائية أن يكون موضوع المنازعة بين الخصمين التعارض الحاصل بين الحقوق المقررة لكل منهما شرعاً ، أما الحقوق التى لا يتعارض معها حقوق معينة عند تمتع أصحابها فلا يملك القاضى تقييدها بأى وجه من الوجوه مهما نجم عنها من المضار على الأفراد أو الجماعات إذ أنها من المباحات التى لا يترتب على فعلها أو تركها استحقاق أى عقاب عملاً بالقاعدة الشرعية التى تقول الجواز ينافى الضمان<sup>(٢)</sup> ، والجهة التى تملك تقييد مثل هذه الحقوق إنما هى الجهة التى تملك التشريع للناس كافة .

٣ - الخطبة هى وعد بالزواج وعلى مقتضى أحكام الفقه المطردة لا عبرة مطلقاً بالوعد فى العقود بجميع أنواعها وذلك لاشتراط الفقهاء خلو الرضاء من كل شائبة وقت الإبرام وأهم شوائبه عندهم تقييده بوعده سابق لما يحرمه هذا التقييد من المنازعات عند تغيير الظروف بين تاريخ الوعد وبين تاريخ إبرام العقد ، وهذه الاعتبارات أولى بعقد الزواج إذ أنه ليس فى حقيقته من

---

(١) استئناف مصر فى ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية س ٢٧ من ٦٨ رقم ٤٥ ، مجلة المحاماة س ٦ رقم ٤٨٨ س ٧٩٨ .

(٢) حكم الاستئناف فى ٣٠ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة س ١١ من ٦٢٦ رقم ٣١٣ ؛ مراجع أيضاً حكم الاستئناف فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة س ١٢ من ٨٥٥ رقم ٤٢٣ .

عقود المعاملات بل هو بناء إجتماعى منوط به توفير السعادة على الزوجين واستتباب السلام العائلى مما لا يتحقق إلا بانعقاده بخالص الرضا بين الطرفين وهذا الشرط يقتضى خلوه من التقييد بالوعد السابق والتعرض للتضمينات (١).

٤ - لا يمكن القول بالمسئولية على أساس اللجنة المدنية "responsabilité délictuelle"؛ وذلك لأن أحكام المسئولية المدنية المستندة الى المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى المقابلة للمادة ١٥١ مدنى أهلى لا تختلف عن أحكام المسئولية التعاقدية من حيث الجوهر إذ أن أساس التضمينات فى كليهما يترتب على الاخلال بالواجبات القانونية والفارق بينهما فى هذه النقطة أن الواجبات فى الحالة الأولى مقررمة بمقتضى القوانين الجنائية أو غيرها من القوانين الوضعية بينما هى مقررمة فى الحالة الثانية بمقتضى المشارات أو الاتفاقات المعتبرة قانونا وبهذا القيد الذى لم يختلف أحد فى صحته يصبح إخلال الخاطب بخطبته غير منتج لاية مسئولية قضائية إذ أنه واقع على واجبات مبناها القوانين الأخلاقية والأدبية فقط (٢).

فهذا الرى ينقض سابقه ولا يقر المسئولية هنا لا على أساس اساءة استعمال الحق باعتبار أن عدول الخاطب من المباحات العامة التى لا يستطيع القضاء أن يحد منها ولا على أساس اللجنة المدنية لأنه لا يوجد واجب قانونى يقضى بالزام الخاطب بالعقد.

وبناء على ذلك قضى بأن الاضرار المادية التى تلحق المخطوبة من جراء عدول الخاطب كالجهاز الذى تكون قد أعدته أو ما يستوجه التعديل فيه لا يسأل عنه الخاطب الذى عدل لأن المخطوبة مجازفة قانونا باعداده وأما

(١) حكم الاستئناف ٣٠ يونيه سنة ١٩٣٠ السالف الذكر .

(٢) الحكم السابق .

شرعا فما كان عليها الزام بالجهاز ( تراجع المادة ١١٢ من قانون الاحوال الشخصية )<sup>(١)</sup>. وأما عن الضرر الأدبي فان بحثه يقتضى التدخل فى أدق الشئون الشخصية والاعتبارات الصيقة بمحرمات الناس وهى تسع كل الاحتمالات وفيها مجال للأعذار الوجيمة التى تقوم فى سبيل قران شخص بأخرى . فليس إذن من الانصاف ولا من الحكمة أن يفتح هذا الباب لتأويلات الخصوم وقضاء المحاكم<sup>(٢)</sup> . وبذلك رفضت هذه المحاكم كل طلب تعويض عن ضرر سواء كان أدبيا أو ماديا ينشأ عن فسق خطبة لائى سبب كان .

ومن استعراض الآراء المتقدمة فى القضاء الاهلى نجد أن هذا القضاء لم يستقر بعد ، وإن الأحكام متضاربة حتى بين دوائر المحكمة الواحدة . فقد قضت محكمة الاستئناف برفض طلب التعويض رفضا باتا فى بعض أحكامها ، ومع ذلك نجد لها أحكاما تقضى بالتعويض اما على أساس الخطأ المقارن للعدول واما على أساس اساءة استعمال حق العدول نفسه كما تقدم . والمشاهد أن دوائر المحاكم الابتدائية أميل الى تقرير قاعدة المسئولية عن العدول من دوائر محكمة الاستئناف .

ولا نجد رأيا واحدا يقول بأن الخطبة عقد ملزم باجراء عمل وأن مجرد العدول يستوجب التعويض الا إذا أثبت من عدل أن هناك وجها لرفع المسئولية عنه كما رأينا ذلك فى بعض الشرائع الحديثة . ولم يعرض هذا الموضوع على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة قبل انشاء محكمة النقض كما أنه لم تتح لهذه المحكمة الأخيرة فرصة الفصل فى هذا الخلاف حتى الآن .

---

(١) حكم الاستئناف ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ السابق الإشارة اليه .

(٢) الحكم السابق؛ ويراجع أيضا حكم الاستئناف فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ السابق

الإشارة اليه .

### الفرع الثالث — الخطبة في الفقه المصرى الحديث

هذا هو قول القضاء المصرى فى الموضوع وما هو فيه من اضطراب .  
أما عن الفقه المصرى الحديث فلا نجد أحداً عنى يبحث هذا الموضوع بصفة  
خاصة اللهم الا بعض أبحاث جزئية أثارها بعض هذه الأحكام وهى  
لا تعدى التعليق بما لا يعد استيفاء للموضوع بحال .

وقد تعرض الأستاذ عبد الفتاح السيد بك لهذا الموضوع فذكر أن  
الخطبة طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية لا ينشأ عنها ارتباط قانونى بين  
الطرفين الا أنه لا يرى ما يمنع من الحكم بتعويض عما ينجم عن فسخها من  
ضرر وذلك طبقاً للمادة ١٥١ من القانون المدنى الاهلى . وهو يتبع بذلك  
أحكام المحاكم الفرنسية فى هذا الموضوع <sup>(١)</sup> . وهو يريد أن يفسر النص  
الشرعى القاضى باسترداد الهدايا عند فسخ الخطبة بأنه مقصور فقط على حالة  
ما إذا كان العدول عن الخطبة حكماً معقولاً له مبرره دون أن يمس كرامة  
المنخطوبة أو يهدد مستقبلها بالخطر . ولعل هذا هو القول الوحيد بمسئولية  
من يعدل .

وأما بقية من تصدوا لهذا البحث فقد أنكروا هذه المسئولية بتأناً على  
اعتبار أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر الخطبة فى ذاتها صلة قانونية « Lien  
de droit » تقوم بها التزامات وتكاليف ولا تأخذ بمبدأ إعطاء تعويض عن  
فسخها لأن أساس التعويض هو الضرر والضرر فى خطبة المسلمين معدوم  
لأن الدين يمنع بل يحرم اجتماع الاثنين حتى ولا النظر إلى بعضهما بصفة  
دائمة لكونهما ما زالوا أجنبيين عن بعضهما <sup>(٢)</sup> ، وأن الشرع الشريف يقضى

(١) تراجع رسالة عبد الفتاح السيد بك فى حقوق المرأة المتزوجة فى الإسلام ص ٢٩ و ٣٠ .

(٢) مقال الأستاذ أحمد عبد الأزهرى المحامى فى الجريدة القضائية ص ١٦٤ عدد ١٦ ص ٢ منه .



بأنه في حالة الطلاق قبل الدخول وهو خطوة أبعد من العدول عن الخطبة. التي لم يعقبا عقد زواج لا يتحمل الزوج إلا خسارة نصف المهر فكيف يصح الزامه بتعويض قد يزيد على نصف المهر إن هو عدل عن الخطبة فقط<sup>(١)</sup>. ولقد استفتى فضيلة الشيخ محمد نجيت مفتي الديار المصرية سابقا في هل يدفع الخاطب تعويضا لمخطوبته إذا أخل بوعده الخطبة فلقد حكم بالتعويض بعض المحاكم الأهلية فهل هذا جائز شرعا ؟ فأجاب بما ملخصه أن الخطبة ليست إلا وعداً لا يجب شرعا الوفاء به إذ لا يقيد واحداً من الخاطب والمخطوبة بشيء للآخر ولا يمنع كل واحد منهما من أن يعدل عن أن يتزوج بالآخر ومن ذلك يعلم أنه لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض لأن كل واحد منهما لم يفوت على الآخر حقاً حتى يلزم بالتعويض بل بعد الخطبة لكل واحد منهما الحرية التامة شرعا في أن يتزوج بمن شاء<sup>(٢)</sup>.

---

(١) اراجع مقال الاستاذ محمد لطفي جمعة الهامى بمجلة المحاماة المصرية س ١ ص ٥٧٣ .

(٢) فتوى في ١٩ صفر سنة ١٣٤٩ بمجلة المحاماة المصرية س ٢ ص ٤٤ .

## الفصل الرابع

### الخطبة في الشريعة الإسلامية

الخطبة شرعا هي طلب المرأة للتزوج<sup>(١)</sup>. وهي مقدمة لعقد الزواج ووسيلة اليه ؛ ولذلك كانت صحة الخطبة مشروطة بحل الزوج أى لا يجوز إلا خطبة المرأة التي يجوز العقد عليها ، فإن كانت محرمة عليه مؤبداً امتنعت خطبتها للأبد وإلا فتي يحل له نكاحها<sup>(٢)</sup>.

فلا تحل خطبة المتزوجة ولا المطلقة طلاقاً رجعيًا باجماع المذاهب وذلك لبقاء أحكام الزواج في الطلاق الرجعي فهو لا يرفع لا الحل ولا الملك<sup>(٣)</sup>. ومعتدة الوفاة تحل خطبتها تعريضاً إجماعاً. وأما المعتدة لطلاق بائن فعلي مذهب الإمام مالك يجوز التعريض بخطبتها<sup>(٤)</sup> ، وكذلك على مذهب الحنابلة<sup>(٥)</sup>. وعلى مذهب أبى حنيفة لا يجوز التعريض بخطبة المعتدة لطلاق إطلاقاً<sup>(٦)</sup>. وأما عند الشافعية فقد اختلفوا فيما إذا كان يجوز التعريض بخطبة معتدة من طلاق بائن فعلي قول يجوز وهو الأظهر عندهم وعلى قول آخر لا يجوز ذلك<sup>(٧)</sup>.

---

(١) كتاب الأستاذ أحمد إبراهيم بك بند ١١ . وقيل هي ما يمله الطالب من الطلب والاستلطاف بالقول والفعل ( نيل المرام ص ٧٧ ) . وقيل أنها الذكر الذى يستدعى به إلى حقة النكاح ( أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٢٢ ) .

(٢) الشيخ أحمد إبراهيم بك بند ١٦ .

(٣) الشيخ أحمد إبراهيم بك بند ١٨ .

(٤) مواهب الجليل ج ٣ ص ٤١٧ ؛ الزرقاني ج ٣ ص ١٦٧ .

(٥) كشاف القناع ج ٣ ص ١٠ .

(٦) البحر ج ٤ ص ١٦٤ ؛ ابن عابدين ج ٢ ص ٨٥٢ .

(٧) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٦ .

ووجه تحريم خطبة المعتدة لوفاة تصرّحاً وجواز خطبتها تعريضاً قوله تعالى : والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً . . . الآية والآية التي تليها<sup>(١)</sup>. ووجه القول بجواز خطبة المعتدة من طلاق بائن أن المطلقة ليست في نكاح لا حقيقة ولا حكماً فأشبهت المعتدة من وفاة . ووجه من يقول بعدم جواز التعريض بخطبتها خلافاً للمتوفى عنها زوجها أن المعتدة من الوفاة يؤمن عليها الحيانة في أمر العدة بسبب الخطبة ، فإن عدتها تنقضى بالأشهر أو بوضع الحمل . أما المبانة فقد تنقضى عدتها بالاقراء وهو الكثير الغالب فلا يؤمن عليها الحيانة بسبب رغبتها في هذا الخطاب ، وكيفية الحيانة أن تخبر بانقضاء عدتها في وقت يحتمله مع أنها في الواقع لم تنقض . فللاحتياط امتنعت خطبتها<sup>(٢)</sup> . ويطلق الفقهاء لفظ الخطبة للدلالة على معنيين : الأول إظهار الرغبة من جانب أحد الطرفين في التزوج بالآخر ، والثاني توافق الطرفين على ذلك . ورتبوا أحكاماً لكل من الحالتين<sup>(٣)</sup> .

فمجرد إظهار الرغبة في التزوج رتبوا عليه حل نظر الخاطب لمن خطبها ونظرها هي إليه كذلك<sup>(٤)</sup> . والظاهر من أقوالهم أن النظر إلى المرأة محل من الوقت الذي تقوم فيه الرغبة بنفس الرجل لخطبتها وقبل أن يظهر هذه الرغبة إذ أنه في هذه الحالة تظهر حكمة نظره إليها فإذا صادفت من نفسه قبولاً خطبها وإلا أحجم فالنظر إليها قبل طلبها أولى<sup>(٥)</sup> . ولا يرتب الفقهاء على

(١) ٢٣٤ و ٢٣٥ من سورة البقرة . والتعريض هو ما تضمن الكلام من الدلالة على شيء من غير ذكر له كأن يقول لها لا تهوتينا نفسك مثلاً . أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٢٢ .

(٢) راجع كتاب الأستاذ أحمد إبراهيم بك بند ١٨ .

(٣) يلاحظ ذلك في الترتيب الذي وضعه قمرى باشا في قانون الأحوال الشخصية بالنسبة إلى حكم السادة الثالثة ( رؤية المخطوبة ) قبل الحكم الوارد بالمادة الرابعة ( التواعد بالزواج ) .

(٤) الشيخ أحمد إبراهيم بك بند ١٣ ؛ مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٠٤ ؛ كشاف القناع ج ٣ ص ٥ ؛ نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٤ .

(٥) نهاية المحتاج ج ٥ ؛ راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٩ — ٢٤٠ والأحاديث التي وردت به .

مجرد إظهار الرغبة في التزوج أى أثر قانونى .

وإذا صرح الخاطب بخطبته وركنت المخطوبة أو وليها إلى هذه الخطبة أى قبلتها فقد أجمع الفقهاء على أنه لا يحل لغيره أن يتقدم لطلبها وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام « المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يتساع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر » وفى حديث آخر « لا يخطب الرجل على خطبة الرجل حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن » وفى رواية أخرى « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك » . ويشترطون لتحريم الخطبة على الخطبة أن تكون المخطوبة قد ركنت إلى خاطبها أى قبلته وأن يكون ذلك القبول بالقول صراحة ولو كانت بكراً (١) .

والذى يفهم من قولهم هذا هو أنهم جعلوا الخطبة إذا ما حصلت من الطرفين بأن يتقدم أحدهما ويقبله الطرف الآخر تقيد الغير فلا يصح أن يتقدم لخطبة أحدهما سواء كان رجلاً أو امرأة . والمنع هنا للتحريم حتى أن داود الظاهرى قال بفسخ النكاح الذى يعقده الخاطب الثانى سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده وهو رواية عن مالك ، ومن المالكية من يقول بالفسخ قبل الدخول لا بعده (٢) . ولا تجوز الخطبة على الخطبة ولو كان الخاطب الأول غير مسلم على مذهب الشافعية والمالكية . كما أنه لا فرق بين أن تكون الخطبة من الرجل والركون من المرأة أو أن المرأة هى التى خطبت الرجل وقبلها (٣) .

---

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٥٧ و ١٥٨ ؛ كشف القناع ج ٣ ص ١٠ ؛ نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٥ و ٢٣٦ ؛ بداية المجتهد ج ٢ ص ٣ ؛ البحر ج ٤ ص ١٦٤ ؛ ابن عابدين ج ٢ ص ٨٥١ و ٨٥٢ ؛ مواهب الجليل ج ٤ ص ٤١٠ و ٤١١ .  
 (٢) مواهب الجليل ج ٤ ص ٤١٢ ؛ نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٣٦ ؛ شرح الزرقانى ج ٣ ص ١٦٤ ؛ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٣ .  
 (٣) الرابع السابقة .

ومن استعراض هذه الأحكام يتبين أن السبب في هذا التحريم راجع لتعلق حق كل من الطرفين بصاحبه وبذلك صار المحل مشغولاً فلا يتسع لغير من خطب أولاً . وهذا مادعا البعض للقول بفسخ الزواج الذي يحصل رغم قيام الخطبة الأولى ولو أن القول بذلك فيه نظر لأن عقد الزواج في هذه الحالة يتضمن حتماً عدول أحد الطرفين عن الخطبة الأولى وهو ماسنراه جائزاً وبذلك يمكن القول بأن الارتباط الذي كان بين الخاطبين قد انفصل قبل هذا الزواج اللهم إلا إذا قلنا بأن الخاطب الثاني يعامل بنقيض مقصوده (١) .

فلا يمكن القول والحالة هذه بأن الخطبة مجردة شرعاً عن كل قيمة ، فقد رأينا بما تقدم أنها عبارة عن ارتباط بمعنى الكلمة ، ولذلك فإن خطبة غير المسلم ملزمة للسلم طبقاً للرأى الأرجح ولا يمكن أن يحمل ذلك على أنه مجاملة منعا للنزاعات ولكن المنع هنا قياساً على العقود الأخرى فإن عقود غير المسلم تصح وتسرى على هذا الأخير . وعلى هذا الأساس يمكننا أن نقول ان الخطبة في الشريعة الإسلامية عبارة عن تعهد بين الطرفين على اجراء زواج في المستقبل . وهذا هو الذي يعلل إلزامها لغير طرفيها كما تقدم إجماعاً وفسخ الزواج الذي يحصل رغم وجودها على رأى البعض . ولا تعارض بين هذا القول وبين ما ورد في المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا من أن « الوعد بالنكاح في المستقبل ، وبمجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد شرعى بايجاب وقبول لا يكون كل منهما نكاحاً » . فهى ليست بنكاح وإنما تعهد باجراء عقد نكاح في المستقبل ، ولا يوجد في الشريعة الإسلامية ما يفيد أن التعهدات محصورة العدد والصور ، وفرق بين

---

(١) وذلك قياساً على من يحرض امرأة على مضارة زوجها حق يطلقها لتتزوجه فانها تحرم عليه ( فتاوى الشيخ عيسى ج ١ ص ٢٨٤ ) .

التعهد وبين تنفيذ هذا التعهد . وهذا هو الذى يفسر لنا مسألة العدول التى سيأتى ذكرها حالا .

وبما يؤيد كون الخطبة بمعناها هذا تعتبر تعهدا بين الطرفين تجريم التصريح بالخطبة فى أثناء العدة وإباحة التعريض فى بعض الحالات ، فإن الحكمة فى ذلك — على ما نرى — هى أن المرأة وهى فى العدة ترتبط بحق شخص فلا يمكن أن ترتبط مع غيره ، ولذلك أيسح التليح لا التصريح لأن التليح لا يمكن أن ينشأ عنه ارتباط لعدم صراحة القول . وكما تقدم القول أيضا لا تمنع خطبة التعريض من خطبة الغير عليها والحكمة واحدة فى الأمرين . وفضلا عن ذلك فإن من التمسف فى القول أن يقال بأن للخطبة أثرا بالنسبة للغير ولا يكون لها هذا الأثر بالنسبة لطرفها .

#### العدول عن الخطبة :

و للخاطب العدول عن خطبها والخطوبة أيضا رد الخاطب الموعد بتزويجها منه ولو بعد قبولها أو قبول ولها إن كانت قاصرة هدية الخاطب ودفعه المهر كله أو بعضه ، هكذا تنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا ، وهى تردد الحكم الشرعى الذى اتفقت عليه جميع المذاهب وهو أن العدول عن الخطبة جائز مادام أن عقد النكاح الشرعى لم ينعقد .

إلا أن حق العدول هذا وإن كان مقررا فهو ليس بمطلق بل هو مقيد بغرض خاص . وأول ما يوصف به أنه مكروه فقد ورد فى مواهب الجليل للخطاب <sup>(١)</sup> ما نصه « هل لمن ركنت إليه امرأة وانقطع عنها الخطاب لكونها إليه أن يتركها أو يكره والظاهر أنه يكره » <sup>(٢)</sup> . إلا أن الكراهية لا تلحق

(١) ج ٣ ص ٤١١ .

(٢) يراجع فى هذا للمعنى أيضا فتاوى الشيخ عليش ج ١ ص ٢٩٩ .

استعمال هذا الحق إلا إذا كان هذا العدول لغير غرض مشروع فقد ذكر صاحب كشف القناع <sup>(١)</sup> « ولا يكره للولي المجرى الرجوع عن الإجابة لغرض ولا يكره للبرأة غير المجبرة الرجوع عن الإجابة لغرض صحيح لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حفظها والولي قائم مقامها في ذلك وبلا غرض صحيح يكره الرجوع منه ومنها لما فيه من إخلال الوعد والرجوع عن القول ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزم » .

وهذا القول صريح في أن جواز الرجوع مقيد بأن يكون الرجوع لغرض صحيح فيه دفع ضرر عنها لأن عقد الزواج مؤبد فإن انتفت حكمة الرجوع هذه كان مكروها .

وقولهم بأن الرجوع مكروه وعدم قولهم بأنه محرم يرجع إلى أن عقد الزواج لم يتم بعد حتى يقال أن الرجوع محرم ، ومعلوم أن المحرم معناه الممنوع ، وما لا خلاف فيه أنه لا يمنع الرجوع إلا عقد الزواج . ويفهم من قول صاحب كشف القناع ( أن الحق بعد لم يلزم ) أمران : الأول — أن هناك حقاً ، والثاني — أن هذا الحق غير لازم . فأما وجود هذا الحق فهو ما قلنا به من قيام تعهد بين الطرفين نشأ عنه هذا الحق وإلا فنأين نشأ إذا قيل بعدم وجود رابطة شرعية ؟ وأما كونه غير لازم فما نقول به أيضاً لسببين : الأول أن عقد النكاح لم يتم ولا يمكن الإلزام به قبل حصوله ، والسبب الثاني — ويمكن اعتباره علة للسبب الأول — هو ما قاله المؤلف المذكور من أن عقد الزواج عقد عمر فيجب أن تترك الحرية التامة لكل من الطرفين قبل أن يتقيدا به من غير أن تكون هناك سلطة الزام بأجرائه إذا لم تتوافر الإرادة من قبلهما .

والنتيجة لكل ما تقدم هي أن الخطبة تعهد يربط الطرفين ويقيدهم

مادام قائما بين الطرفين ، وأن لكل من الطرفين أن يعدل عنه إذا كان لهذا العدول مبرر . فإذا كان للعدول ما يبرره شرعا فلا شيء على الناكل وقد يكون له حقوق قبل الطرف الآخر ، وأما إذا كان بغير مبرر شرعى فلذلك جزاء سنينه فيما يلى .

وتقييد حق العدول هذا بالمبرر الشرعى تطبيق للقاعدة العامة فى الحقوق الفردية والتي سبق يسانها فى مقدمة هذا الكتاب من أن كل حق مقيد فى استعماله بالحكمة الغائية التي من أجلها شرع هذا الحق . وأن استعمال هذا الحق لغرض يتنافى مع هذه الحكمة يعد إساءة له توجب مسئولية المسمى . وتبين حكمة حق العدول من حكمة تشريع الخطبة فى ذاتها ، وقد سبق أن رأينا أن الحكمة من ذلك هى إعطاء الفرصة لكل من الطرفين لأن يقف على حقيقة أمر صاحبه لأن الزواج عقد عمر يستلزم وجود ما يمهده . منعاً للتورط فى عمل قد يكون وخيم العاقبة . والعدول هو الثقة من هذه النتيجة . إذا ظهر أن عقد الزواج لن يحقق الغاية المرجوة منه فهنا يكون العدول مبررا ، أما إذا كان بقصد مضارة الطرف الآخر أو كان عن هوى وعدم تبصر المحرود اللهو والعبث كان استعمالا سيئا لحق العدول وعلى الناكل مسئولية ما فعل .

### الأثر المترتب على فسخ الخطبة .

أول ما يتجه إليه النظر إذا ما فسخت الخطبة هو مصير ما يكون قد قدمه الخاطب لمخطوبته من هدايا وما يكون قد دفعه من المهر . ولذلك عفى فقهاء الشريعة الإسلامية بذلك وفصلوا له الحل الفقهي الملائم . فأما ما يدفعه الخاطب على أنه من المهر فلا خلاف فى جواز استرداده . وذلك لأن المهر يستحق للزوجة بعقد النكاح وما دام أن العقد لم يتم فسيب



استحقاقها له غير قائم فللخاطب استرداده ولو كان العدول منه على أية حال .  
وعلى ذلك جميع المذاهب .

وأما عن استرداد الهدايا فرجع ذلك الى تكيفها من الوجهة الفقهية  
وعلى أساس هذا التكيف ترتب أحكامها وهو ما فعله الفقهاء . وهدية الخطبة  
لا تخرج عن واحد من أمرين : فاما رشوة <sup>(١)</sup> ، واما هبة . وحكم الرشوة  
أنها لا تخرج من ملك الراشي ولا تدخل في ملك المرتشي ، فعليه ردها قائمة  
ورد بدلها هالكة أو مستهلكة <sup>(٢)</sup> . والهبة اما أن تكون بشرط العوض ،  
واما أن تكون هبة محضة . والعوض في الحالة التي نحن بصددتها أمر غير مالى  
ولكن فيه منفعة للواهب . وحكمها أن الهبة صحيحة والشرط معتبر سواء كان  
صريحا أو ضمنيا فاذا حصل الوفاء بالشرط سلمت الهبة لها والا فعليا ردها  
قائمة أو بدلها ان كانت هالكة على أرجح الاقوال <sup>(٣)</sup> .

وقد اعتبر الفقهاء أن الهدايا التي يقدمها الخاطب لمن خطبها من قبيل  
الصلة أى الهبة المحضة . وفي جواز الرجوع في الهبة ثلاثة آراء :

الاول — وهو رأى جمهور الفقهاء أنه لا يجوز الرجوع في الهبة مطلقا  
الا فيما يهبه الوالد لولده .

الثانى — قول أبى حنيفة وأصحابه وهو جواز الرجوع في الهبة مالم  
يوجد مانع من ذلك <sup>(٤)</sup> .

الثالث — مذهب اليه طائفة من العلماء ومنهم أهل الظاهر وهو أنه

(١) عرفوا الرشوة بأنها ما يعطيه الانسان لغيره للتوصل بذلك إلى غرض له يقوم للرتمى  
بحقيقته أو بمساعدته على الوصول اليه بما يمكنه من ذلك .

(٢) مقال الهدايا قبل الزواج أيضا لفقيه الشيخ أحمد ابراهيم بك بالجريدة القضائية من ١  
عدد ٧ ص ٣ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) وموانع الرجوع في الهبة على مذهب أبى حنيفة سبعة وقد تقدم ذكرها من ٧٢  
هامش رقم ١ .

### لا يجوز الرجوع في الهبة مطلقاً .<sup>(١)</sup>

وعلى ذلك إذا أهدى الخاطب الى مخطوبته هدايا قبل العقد ثم عدل عن الزوج بها كان له حق الرجوع في هديته ما لم يوجد مانع من الموانع كهلاك الهدية أو خروجها من ملك الموهوب لها أو تغيرها أو أخذه عوضاً عنها الخ . هذا هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه بالإجماع (قولا واحداً) لأن الهدية نوع من الهبة في جميع الأحوال التي يجوز فيها الرجوع في الهبة يجوز فيها الرجوع في الهدية ، والهدية هنا لأجنبية — أى غير زوجة — فجاز الرجوع فيها ما لم يوجد مانع آخر . وعند جمهور الفقهاء لا يجوز الرجوع في الهدية كما لا يجوز الرجوع في الهبة الا فيما يهبه الوالد لولده ، وهذه لا تساقى هنا لان الانسان لا يخطب محرمه . لكن المختار في مذهب مالك أنه لو تم الزواج بينهما فلا رجوع ، وإن حصل عدول عنه فلم يعقد عليها فإن كان العدول منه فكذلك وفي هاتين الحالتين الحكم جارٍ وفق القواعد الأصلية ، أما إذا كان العدول من المخطوبة فإن الخاطب يرجع فيما أهداه سواء أكانت الهدية باقية أم هالكة وفي الحالة الثانية يرجع يدها من مثل أو قيمة الا اذا كان هناك عرف أو شرط فيعمل به<sup>(٢)</sup> .

(١) راجع مقال تدوين الزوجة عن الاخلال بوعده الزواج لفضيلة الأستاذ أحمد ابراهيم بك بالجريدة القضائية س ١ العدد ٤ ص ٢ .

(٢) راجع مقال التزام التبرعات لفضيلة الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك بمجلة القانون والاقتصاد عدد ١ ص ٣ بند ٤١ ص ٦٠ و٦١ — وراجع في هذا الموضوع أيضاً ابن عابدين ج ٢ ص ٥٠٢ ؛ والبرج ٣ ص ١٩٩ ؛ وجمع الفتايات س ٣٤١ ؛ وفتاوى الشيخ عيسى ج ٢ ص ٢٩٥ — وقد أخذ بمذهب الامام مالك في مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية سنة ١٩١٥ في هذا الموضوع . فنص في هذا المشروع على أنه « إذا كان العدول من جهة الخاطب فليس له أن يسترد شيئاً مما أهداه ولا أن يرجع بشيء مما أهقه وإن كان من جهة المخطوبة فللخاطب أن يرجع بما أهق وأن يسترد الهدية إن كانت قائمة أو قيمتها إن استهلكت أو هلكت ما لم يكن شرط أو عرف بغير ذلك فيبيع » . مقال الشيخ أحمد ابراهيم بك بالجريدة القضائية س ١ العدد ٤ ص ٢ ؛ وكتاب فضيلته بند ٢٢ بالمهامش .

أما النفقة على المخطوبة فما أكلته معه لا يرجع فيه بشئ لان ذلك من قبيل الاباحة ، وما أخذته من الدراهم قيل انه رشوة فيرجع فيه مطلقا سواء تزوجها أو لا ، وقيل إنه في حكم الهبة بشرط العوض فلا يرجع فيه اذا تزوجته لتحقق الشرط ويرجع اذا لم تزوجه ولو لم يصرح بالشرط ، وقيل انه من قبيل الصلة المحضنة ما لم يشترط الزوج . وأرجح هذه الاقوال هو الثاني ويليها الاول أو يوازيه في القوة (١) .

والذي يظهر مما تقدم هو أن فقهاء الشريعة الاسلامية أجروا على هدايا الخطبة أحكام القواعد العامة في الهبات ، ولم يخصصوا لها أحكاما خاصة بغض النظر عما قد يلابس العدول عن الخطبة مما يشوب حق الرجوع هذا . وأما ماورد في مذهب الامام مالك في حالة العدول من جهة المخطوبة وهو الزامها برد الهدايا القائمة وبدل المالك أو المستهلك منها فانه وان كان استثناء من القاعدة الاصلية في مذهبه بشأن الرجوع في الهبة فان هذا الاستثناء له مايرره من المصلحة (ويلاحظ أن الاخذ بالمصالح المرسلة من أصول مذهب الامام مالك ) وذلك منعا للتفرير بالناس والتلاعب بهم وأخذ ما لهم بلا مقابل . (٢) ويلاحظ أن حكم الزامها برد الهدايا ورد مطلقا أى سواء كان عدولها لسبب صحيح أم لا فلا يحمل هذا النص على غير ما تقدم .

هذه هي أحكام الهدية التي يهديها الخاطب لمن خطبها . ولكن هناك حالات تقوم المخطوبة فيها بنفقات بسبب الخطبة أو يقوم الخاطب نفسه بهذه النفقات لهذا السبب ثم يعدل الطرف الآخر عن الخطبة فيضيع على الخاطب أو المخطوبة ما أنفقه أو أنفقته بسبب الخطبة ، وقد يحصل أن تكون الخطبة سببا في

---

(١) مقال الشيخ أحمد ابراهيم بك « الهدايا قبل الزواج أيضا » الجريدة القضائية س ١

عدد ٧ ص ٣ بند ٧ .

(٢) كتاب الشيخ أحمد ابراهيم بك بند ٢٢ بالهامش ؛ ومقال فضيلته بالجريدة القضائية

س ١ عدد ٤ ص ٣ عامود ١ بالهامش .

ضياح فرص على الخاطب أو على المخطوبة . فما حكم ذلك في الشريعة الإسلامية ؟

لم نجد لفقهاء الشريعة نصاً في هذا الموضوع . والظاهر أن طبيعة الحياة الاجتماعية في وقتهم لم تكن تسمح بآثار هذه المسائل ، وهذا هو الذي يفسر سكوتهم عنها ، فإن الأحكام الفقهية كانت توضع لوقائع فردية وعن جزئيات يشترعون لها الحلول الملائمة لها إستنباطاً من مصادر الفقه المختلفة بحسب أصول كل مذهب من المذاهب . ولكننا مع ذلك نجد ما يقرب هذا الموضوع .

تكد كتب الفقه جميعها تجمع على أن الخطبة لم تخرج عن كونها وعداً بالزواج . والعدة وإن كانت غير ملزمة قضاء طبقاً لأراء أغلب الفقهاء فإن لها أحكاماً في مذهب الامام مالك . فعندم الوفاء بالوعد مطلوب بلا خلاف ، واختلفوا في وجوب القضاء بها على أربعة أقوال : الأول — أنه لا يقضى بها مطلقاً . الثاني — يقضى بها مطلقاً . الثالث — يقضى بها إن كانت على سبب ولو لم يدخل الموعود بها في شيء كقولك أريد أن أتزوج أو أن أشتري كذا أو أن أقضى غرمائي فأسلمني كذا أو أريد أن أركب غداً إلى مكان كذا فأعزني دابتك أو أن أحرث أرضي فأعزني بقرك فقال نعم ثم بدا له قبل أن يتزوج أو أن يشتري أو أن يسافر فإن ذلك يلزمه ويقضى عليه به وكذا لو لم تسأله وقال لك هو من تلقاء نفسه أن أسلفك كذا أو أهب لك كذا لتقضى دينك أو لتزوج أو نحو ذلك فإن ذلك يلزمه ويقضى عليه به ، ولا يقضى بها إن كانت على غير سبب كما إذا قلت أسلفني كذا ولم تذكر شيئاً أو أعزني دابتك أو بقرك ولم تذكر سفراً ولا حاجة فقال نعم ثم بدا له أو قال هو من نفسه أنا أسلفك كذا أو أهب لك كذا ولم يذكر شيئاً ثم بدا له . الرابع — يقضى بها إن كانت على سبب ودخل الموعود بسبب العدة في

شيء ، وهذا هو المشهور من الأقوال ، ومثل ذلك أن يقول شخص لآخر اهدم دارك وأنا أسلفك ما تبني به غيرها أو تزوج امرأة وأنا أسلفك ففعل ؛ وذلك لأن الواعد أدخل الموعود بوعده في ذلك فيقضى عليه به . ومن الأمثلة التي ضربوها لذلك من حلف ليوفين غريمي إلى أجل فلما خشي الخنث ذكر ذلك لرجل فقال لا تخف ائمني هذه العشي أعطيكمها فلما كان العشي جاءه فأنى أن يعطيه فقال له أعذرتي حتى خفت أن يدخل عليّ الطلاق . وقيل ان ذلك لا يلزمه وقيل انه يلزمه وهو الأظهر لأنه غره ومنعه أن يحتال لنفسه بما يبريه من سلف أو غيره . والقول الأول مبنى على أن العدة لا يقضى بها ولو كانت على سبب ودخل في السبب ، والثاني مبنى على أنه يقضى بها إذا كانت على سبب ، وعلى المشهور أيضاً لأنه قد أدخله بسبب العدة في عدم الاحتيال لنفسه حتى خشي العنت <sup>(١)</sup> .

فاذا قلنا بأن الخطبة وعد ( وهو أضعف من التعهد ) وتكبد أحد الطرفين نفقات بسبب هذه الخطبة فيمكن قياساً على ما تقدم الزام من نكل بتعويضه عن تلك النفقات ؛ فان الموعود قد دخل بسبب العدة في هذه النفقات إذ لولاها لما كبد نفسه إياها ، وما دام الأمر كذلك فهو مسئول عن تعويضها . وعلى ذلك إذا قامت المخطوبة بشراء جهاز لها أو قام الخاطب بشراء معدات للعرس ونكل الطرف الآخر فهو مسئول عن تعويض هذه النفقات .

وقد يعترض على ذلك بأن الخاطب الناكل لم يعد بدفع هذه النفقات حتى يمكن الزامه بها طبقاً لهذا الرأي . ولكن هذا القول مردود بأنه قد وعد بما هو السبب المباشر لهذه النفقات وهو الزواج وعلى أساس وعده هذا

(١) يراجع في ذلك كله كتاب الالتزامات للخطاب ( وهو مطبوع بالجزء الأول من

نواوي الشيخ عليش ) ص ١٧٧ - ١٧٩ .

كانت تلك النفقات . فان كان الزامه باتمام الزواج غير جائز ضمانا لعقد الزواج بالحرية الكفيلة بتحقيق المصالح المرجوة منه فلا أقل من أن يلزم بتعويض هذه النفقات لأنه هو الذى تسبب فيها أولا بوعده ، وهو الذى تسبب فى ضياع فائدتها ثانيا بنكوله عن هذا الوعد .

وقد يقال أيضاً بأن هذا يصدق على كل نكول ولو كان مبرراً لأنه عدول على أى حال . ولكن ذلك مردود بأن العدول إذا كان مبرراً من جانب فالمستول عنه هو الجانب الآخر وبذلك يكون هو المتسبب فى ضياع ماله على نفسه فلا ضمان على الناكل .

وقد رأينا فيما مر أنهم اعتبروا من يعد آخر بسداد دين عليه وجعله يعتمد على وعده هذا فلم يسع فى الاحتيال لنفسه ملزماً بالوفاء بوعده لأن الموعود له قد دخل بسبب العدة فى أمر وهو عدم الاحتيال لنفسه حتى خشى العنت . فاذا قربنا مسألة الخطبة لهذا القول أفلا يمكن القول بأن ركون أحد طرفي الخطبة للآخر وعدم احتياله على الزواج من شخص آخر أو عدم قبول زواج غيره أو خطبته أمراً دخل فيه هذا الطرف بناء على وعد الطرف الآخر فيكون هذا الأخير مسئولاً عنه ؟ وتصور ذلك فى حالة المخطوبة أظهر وأعم وقوعاً . وإذا قيل بأن الواعد فى المثل الذى أوردوه يلزم بشئ معين محدود وهو ما وعد به بخلاف الحالة التى نحن بصدها فيرد على ذلك بأن الواعد الذى يرجع عن وعده يلزم بما يعرض على الطرف الآخر ما ضاع عليه بسبب ركونه له وعدم احتياله لنفسه .

وإذا ما تقرر ذلك على اعتبار أن الخطبة لم تعد مجرد الوعد فهو أولى وقد بينا أن الخطبة فى الشريعة الإسلامية تعتبر تعهداً بمعنى الكلمة . ولا نظن أن الشريعة الإسلامية السمحة لا تقرر ذلك ، بل ان ذلك مقتضى محض القياس على ما قاله فقهاؤنا ، وهو عين المصلحة .

## الفصل الخامس

### تمحيص القضاء المصرى فى هذا الموضوع

رأينا فيما تقدم أن المحاكم المختلطة جرت فى قضائها على اعتبار الخطبة وما يتعلق بها عملاً قانونياً يخرج عن نطاق الأحوال الشخصية ، تختص بالنظر فيما ينشأ عنه من منازعات ، وتطبق عليها قواعد القانون العامة بغير رجوع لقوانين الأحوال الشخصية . وفيما يتعلق بهدايا الخطبة تقضى بردها إذا ما فسخت على اعتبار أن العرف المتبع فى هذه المسألة يقضى بذلك .<sup>(١)</sup> ففى لا ترجع فى هذا الموضوع أيضاً لقوانين الأحوال الشخصية تمشياً مع المبدأ الذى قررته . وقد رأينا كيف أن المحاكم الأهلية مختلفة فى القول باختصاصها فيما يتعلق باسترداد الهدايا المقدمة بمناسبة الخطبة أو المهر الذى يدفع قبل عقد الزواج ، فنها ما اعتبر هذه المسائل مما يدخل فى الأحوال الشخصية ولا اختصاص للمحاكم الأهلية بها طبقاً للمادة ١٦ من لائحة ترتيبها ، ومنها ما قضى باختصاصها على اعتبار أن ما يسبق عقد الزواج لا يدخل فى الأحوال الشخصية بالمعنى المقصود من المادة ١٦ سالفه الذكر ، ومن هذا الفريق من المحاكم ما يطبق على النزاع قواعد الأحوال الشخصية ، ومنها ما يرجع للعرف الذى يحل فى هذه المسألة محل القانون .<sup>(٢)</sup> وأما ما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن فسخ الخطبة فالمحاكم الأهلية على القول باختصاصها بمثل هذه المنازعات

(١) حكم الاستئناف المختلط فى ٢ مارس سنة ١٩٢٢ والى الإشارة اليه .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الأهلية فى ١٦ سبتمبر سنة ١٩٢٢ المجامع ٣ من ٧٧

رقم ٤٩ . ويلاحظ أن هذا يوافق ما تقضى به المحاكم المختلطة .

ولم تشذ محكمة عن ذلك ، وهى إذا ما نظرت فى هذا الموضوع ترجع جميعها إلى الشريعة الإسلامية ( أو القانون الشخصى ) . ورغم الاختلاف البين بين أحكامها فى هذا الموضوع مما سبق أن أوضحناه فإن كل محكمة ترجع قضائها إلى قواعد الشريعة الإسلامية .

والآن ننظر فى هذا القضاء نظرة نقد لتبين أى الآراء جاء موافقا لأحكام القانون والشريعة . ونظرا لتعدد الموضوع وتعدد القوانين التى تطبق نقسم بحثنا تسجيلا لاستيعابه إلى ثلاثة أقسام .

١ — ما يتعلق بهدايا الخطبة .

٢ — ما يتعلق بالمهر .

٣ — ما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن فسخ الخطبة .

#### ١ — هدايا الخطبة

رأينا أن الهدايا التى يقدمها الخاطب لمن خطبها تعتبر بحسب أحكام الفقه الإسلامى من قبيل الصلة أى الهبة المحضنة ، وأن فقهاء الشريعة الإسلامية طبقوا عليها أحكام الهبة على وجه العموم من حيث لزومها وجواز الرجوع فيها على ما مر بنا . (١)

ولذا أردنا أن نكيف إهداء الخاطب لمخطوبته شيئا بحسب أحكام القانون العامة نجد أنها لا يمكن أن تكون إلا هبة أيضا لأنها تملك للمال فى الحال بلا عوض . (٢) هدايا الخطبة تعتبر هبة طبقا لأحكام الشريعة

---

(١) ص ٩٧ وما بعدها . ولم يخرج عن تطبيق أحكام الهبة إلا ما قال به الامام مالك من أنه إذا كان التناول من الخطبة من جانب المخطوبة يجب أن ترد الهدية أو قيمتها لو كانت قد هلكت أو استهلكت وقد بينا حكمة هذا القول بالقات ص ٩٩ .

(٢) محكمة ططا الكلية الأهلية فى ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ ؛ ومحكمة الاسكندرية الكلية الأهلية فى ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ وقد سبقت الإشارة إليهما .



والقانون ، وما دام الأمر كذلك فإن القواعد التي تنطبق عليها هي أحكام الهبة .  
سواء من حيث الاختصاص أو من حيث القانون الواجب التطبيق وحكمه فيها .

### ١ - من حيث الاختصاص

إن تحديد الاختصاص في مسائل الهبة طبقا للقانون المصرى من الصعوبة  
يمكن . ذلك أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية تنص على أنه  
هذه المحاكم لا تختص بالنظر في مسائل الهبة وتعتبرها من المسائل المتعلقة  
بالأحوال الشخصية . ومع ذلك فقد نص القانون المدنى على الهبة باعتبارها  
سببا من أسباب التملك (مادة ٤٤/٦٦) . ونص على أحكام لها في المواد  
٤٨ - ٧٠/٥٣ - ٧٦ . ومقتضى ذلك أن تكون هذه المحاكم مختصة بتطبيق  
تلك الأحكام ، وبذلك يتعارض نص لائحة ترتيب المحاكم مع نصوص  
القانون المدنى . وقد كان هذا التعارض سببا لا خلاف في رأى فيما يتعلق  
بالاختصاص في مواد الهبة . فرأى البعض إزاء هذا التناقض وجوب العمل  
بأحد النصين وتضحية النص الآخر وأوجبوا العمل بنصوص القانون  
المدنى . (١) إلا أن أعمال النص أولى من إهماله فإذا أمكن أعمال النصين معا  
كان ذلك واجبا . (٢) وعلى ذلك يكون القول الأصح هو ما قيل به من أن  
جهة الأحوال الشخصية تختص بشروط انعقاد الهبة وصحتها والأحوال التي  
يصح فيها الرجوع في الهبة (٣) ، ولكن ما يتعلق بالشكل الذى يجب أن يستوفيه

(١) محكمة مصر الابتدائية الأهلية في ١٢ أبريل سنة ١٩٢٧ بالحامدة س ٨ من ٣٤٨  
رقم ٢٥٤ .

(٢) وقد قضت بذلك محكمة النقض المصرية فيما يتعلق بأحكام النفقات . نفس مدنى ٣٠ نوفمبر  
سنة ١٩٣٣ ، ملحق مجلة القانون والاقتصاد س ٤ عدد ١ رقم ١١ .

(٣) وقد قضت بذلك محكمة الموسيقى الجزئية في ١٣ مايو سنة ١٩١٩ ، المجموعة الرسمية  
س ٢١ من ٨٠ رقم ٥٠ ، ومحكمة الصنف الأهلية في ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٢ ، الحامدة س  
١٥ القسم الثانى من ٢١٤ رقم ٩٨ .

عقدتها وصحة الهبة الموصوفة بعقد آخر وبطلان الهبة الحاصلة اضرا را  
بالدائنين وغير ذلك مما يتناوله القانون المدنى فتخص بنظره المحاكم  
الأهلية . (١) ويتضح مما تقدم أن الرأى الأكثر انطباقا على القانون هو أن  
تكون المنازعات الخاصة باسترداد هدايا الخطبة من اختصاص قاضى  
الأحوال الشخصية . (٢)

هذا من حيث اختصاص القضاء الاهلى . أما عن القضاء المختلط فان  
المادة ٤ من القانون المدنى المختلط لم تنص على الهبة كما جاء بالمادة ١٦ من  
لائحة ترتيب المحاكم الأهلية ، ومع ذلك فان النصوص التى أوردها هذا  
القانون للهبة لم تأت كاملة مشتملة على جميع أحكامها (تراجع المواد ٧٠-٧٦  
مدنى مختلط) ، فقد أخفكت ماسكت عنه القانون المدنى الاهلى ، وقد فسر ذلك

(١) يراجع فى هذا الرأى : مرافعات عمادى بك ج ١ ص ١٢٨ بند ١٧٧ ؛ والوجيز فى  
المرافعات لعبد الفتاح السيد بك الطبعة الأولى ص ٥٠ ؛ ومرافعات أبى حيف بك الطبعة الثانية  
ص ١٥٦ بند ١٤١ ؛ والدولى الخامس له ص ٥٤١ بند ٣٨٧ ، ودوهلنس ج ٢ بند ١-٥ ؛  
وشرح لأتمة الاجراءات العرعية لقمعه بك وعبد الفتاح السيد بك بند ٦٠ . وفى هذا المعنى  
أيضا تعليق مجلة المرائع على حكم محكمة بنى سويف الابتدائية الأهلية فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ ،  
المرائع ص ٣ ص ١٠٦ .

(٢) يراجع فى ذلك حكم محكمة بنى سويف الصادر فى ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ والسابق  
الإشارة اليه ، وتعليق مجلة المرائع على هذا الحكم . وقد تعرض التعليق الى البحث فى أى  
جهة من جهات الأحوال الشخصية هى المختصة بالفصل فى هذا النزاع هل البطر كخانة لأن الأمر  
يعلق بالأنكحة أم القاضى العرعى لأنه نزاع فى هبة ؟ وقد رأى أولوية البطر كخانة بنظر مثل  
هذا النزاع لأن ارتباطه بالزواج قوى جداً ولأن الهبة هنا انما صدرت بسبب الخطبة فالخطبة  
هى الأصل والقاضى للخص بها هو الشخص بنظر الهبة التى تفرعت عنها — ونرى أن فى هذا  
القول تناقضاً لأنه إما أن يقال بأن البحث فى هدية الخطبة مما يدخل فى الزواج فند ذلك لاجل  
القول بأنها هبة وبذلك تكون خاضعة لأحكام قانون الزواج الشخصى وإما أن يقال بأنها هبة  
مطلقا فتطبق عليها قواعد الهبة اطلاقا . ونرى امكان التوسط فى الحل والقول بأن تكيف  
هدية الخطبة مبدئيا بحسب القانون الشخصى فان اعتبرها هبة طبقنا عليها قواعد الهبة بصفة عامة  
ومنها الاختصاص وان فرض لها أحكاما خاصة كجزء من أحكام الزوجية طبقنا عليها القانون  
الشخصى باعتبارها مرتبطة بالزوجية .

بأن ما لم يذكره القانون يرجع فيه لقوانين الاحوال الشخصية .<sup>(١)</sup> الا أنه رغمًا عن عدم النص على الهبة بصراحة في المادة ٤ من القانون المدني المختلط فان هذه المادة تخرج من اختصاص المحاكم المختلطة المنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية التي تبقى من اختصاص قاضي الاحوال الشخصية . وتحديد ما يعتبر من مسائل الاحوال الشخصية يرجع فيه الى القانون الخاص بذلك الذي أشارت اليه المادة ٣٦ من الكتاب الاول من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة . وهذا القانون أى قانون الاحوال الشخصية<sup>(٢)</sup> تكلم على الهبة ووضع أحكامها في المواد ٥٠٠ الى ٥٢٩ . وبذلك يمكن القول بأن الهبة تعتبر من مسائل الاحوال الشخصية بالمعنى المقصود من المادة ٤ مدني مختلط<sup>(٣)</sup> . هذا وقد سار قضاء المحاكم المختلطة على الرجوع لقوانين الاحوال الشخصية في مسائل الهبة فيما لم ينص عليه القانون المدني المختلط طبقاً للتفرقة التي أشرنا اليها ،<sup>(٤)</sup> وخصوصاً فيما يتعلق بالرجوع في الهبة .<sup>(٥)</sup> ويلاحظ في ذلك أن المحاكم المختلطة كثيراً ما تقضى في المواضيع الخاصة بالاحوال الشخصية فتطبق فيها القوانين الشخصية بدون أن ترى لزوماً للإيقاف واحالة المسألة الشخصية على المحكمة المختصة .<sup>(٦)</sup>

(١) دوهنتس ج ٢ بند ١ — ٥٥ .

(٢) وهو قانون قدرى باشا وقد نصرت الحكومة ترجمته الفرنسية في وقت صدور القوانين المختلطة وكان ذلك تنفيذاً للمادة ٣٦ من الكتاب الأول من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة .

(٣) يراجع في هذا الرأي شرح القانون المدني لمينا ج ٣ ص ٦٥ ؛ وفي هذا المعنى حكم الاستئناف المختلط الصادر في ١٢ مايو سنة ١٩٢٥ ، ببتان س ٣٧ ص ١٩ ؛ التي وإن لم يعرض لهذا الموضوع بالنيات فان الفكرة ظاهرة من سياق أسبابه .

(٤) يراجع في ذلك تعليقات بطوروس على القانون المدني المختلط ج ٢ مادة ٧٠ بند ١ — ٥ والأحكام التي أشار اليها فيها .

(٥) بطوروس المرجع السابق بند ٧٦ .

(٦) أبو هيب بك في البولي الخامس بند ٣٨٧ ص ٥٤٣ .

ب - علم هدايا الخطبة اذا ما فسخت

مادعنا قد قررنا أن الرأي الأصح هو أن قاضي الأحوال الشخصية هو المختص بالفصل في طلب استرداد هدية الخطبة فان الحكم الذي يطبق في هذه الحالة هو حكم القانون الشخصي لأن القاضي الشرعي لا يحكم إلا بحكم الشريعة ، والمحاكم الشرعية في مصر تحكم طبقا لمذهب الامام أبي حنيفة <sup>(١)</sup> وهو في هذا الموضوع يقضى بجواز الرجوع في الهبة إلا في حالات خاصة سبق أن ذكرناها .

وإذا قيل بأن مسائل الهبة فيما لم ينص عليه القانون المدني تدخل في اختصاص جهة الأحوال الشخصية طبقا للتشريع المختلط أيضاً انسحب ماقلناه على القضاء المختلط أيضاً . وإذا قيل بعدم التوسع في تفسير المادة ٢٠ من القانون المدني المختلط وعدم خضوع شيء من أحكام الهبة لقضاء جهة الأحوال الشخصية فقد رأينا أن المحاكم المختلطة تطبق قواعد القانون الشخصي فيما سكت عنه القانون المدني من أحكام الهبة ، وبذلك يكون الحكم واحدا ولو اختلفت الجهة التي تطبقه .

وعلى ذلك يكون للخاطب أن يرجع في هداياه التي يقدمها لمخطوبته إذا ما فسخت الخطبة ما لم يتم مانع من الموانع المبينة على سبيل الحصر في مذهب أبي حنيفة ، وذلك تطبيقا للشريعة الاسلامية ، ويكون من الخطأ الرجوع الى العرف كما فعل بعض المحاكم الاهلية والمختلطة <sup>(٢)</sup> لتقرير حكم استرداد

---

(١) تنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه « تصدر الأحكام طبقا للدين في هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ما عدا الأحوال التي ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد » . ولم ينص على قواعد خاصة غير مذهب أبي حنيفة فيما يطبق بأحكام الهبة .

(٢) محكمة مصر الابتدائية الأهلية في ١٦ سبتمبر سنة ١٩٢٢ ؛ ومحكمة الاستئناف المختلطة في ٢ مارس سنة ١٩٢٢ وقد سبقت الإشارة إليهما .

### هدايا الخطبة . (١)

وقد قيل (٢) بأن استرداد الهدايا عند فسخ الخطبة مقصور على حالة ما إذا كان العدول عن الخطبة حكما معقولا له ما يبرره دون أن يمس كرامة الخطوبة أو يهددها بالخطر . وذلك توصلا للقول بمسئولية من يعد عن الخطبة بغير مبرر . وهذا القول غير صحيح لأن استرداد هدايا الخطبة مرجعه لقواعد الهبة كما تقدم ، ولا يجوز أن نحاول الاستناد على هذه الأحكام توصلا لتقرير المسئولية عن فسخ الخطبة بغير مبرر فان الأمرين مختلفان إذ أن استرداد الهدية أمر والمسئولية المترتبة على فسخ الخطبة أمر آخر ولا تلازم بينهما فقد تسترد الهدية مع قيام المسئولية على المسترد وقد لا ترد مع اتفائها وكل من الأمرين يرجع لقاعدة فقهية تخالف الأخرى .

(١) قال الأستاذ محمد زيد الأياني بك في كتابه شرح الأحكام الفرعية في الأحوال الشخصية ج ١ ص ١٧٠ و ١٧١ انه لم يشر على نص الفقهاء الفرعية الاسلامية في حكم هدايا الخطبة إذا كان العدول عنها من جانب الخاطب وذكر ما يفهم منه أنه لا يرى أن لفظة التناكل أن يسترد هداياه إذا لم يكن العدول بلا اختياره ، وقد استشهد بنص الأحكام بقوله هذا ( استئناف صر الأهلية في ٢٣ مايو سنة ١٩٢٦ ، والاسكندرية الأهلية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ وقد سبقت الإشارة إليها ) . إلا أن هذا القول يخالف ما نص عليه فقهاء الفرعية الاسلامية في هذا الموضوع فان هدايا الخطبة هبة تنطبق عليها أحكام الهبة على ما سربنا والنص على ذلك صريح في كتب الفقه فن ذلك ما ورد بالقوانين الأقروية ج ١ ص ٤٨ ونصه : « خطب بنت غيره فقال أن تهدت للمهر الى شهر زوجها وجعل يهدى إليها هدايا فهدت المدة ولم يتعد ولم يزوجه له أن يسترد ما دفعه على وجه المهر قائما وحالكا وبالقائم من الهدية يرجع لا بالمالك والمستهلك مثليا أو قيميا لأنه هبة » — راجع مقال الأستاذ أحمد ابراهيم بك بالجريدة القضائية س ١ عدد ٧ ص ٣ وفي السابق الإشارة اليه ؛ وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية الأهلية في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٠ المذكور أعلاه ؛ وراجع حكم محكمة بورسعيد الفرعية في ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٣ ( أول ذي القعدة سنة ١٣٥١ ) الحاماة الفرعية س ٤ ص ٧٩٤ رقم ٢٥٢ .

(٢) عبد الفتاح السيد بك في رسالة « حقوق المرأة » ص ٢٩ و ٣٠ .

## ٢ - ما يتعلق بالمهر

ما قلناه بالنسبة لهدايا الخطبة من حيث الاختصاص والقانون الواجب التطبيق هو ما نقول به الآن عن المنازعات المتعلقة بالمهر ولو قبل عقد الزواج. فيجب أن تكون هذه المنازعات من اختصاص المحاكم الشرعية ولا اختصاص للمحاكم الأهلية بذلك<sup>(١)</sup>؛ فإن نص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية صريح وهو لم يقيد حكمه بوجوب قيام الزوجية فيكفي أن يكون المبلغ قد دفع على أنه مهر. وفضلاً عن ذلك فإن المهر من شروط عقد الزواج وعلى ذلك يدخل في نطاق المنع الوارد بالمادة ٤ من القانون المدني المختلط أيضاً، ولا يؤثر في صفته كونه دفع قبل عقد الزواج أو بعده فهذا أمر لا يغير من طبيعته، ولا يخلو زواج من مهر بعكس هدية الخطبة فهي ليست بلامرأة. ويؤيد ذلك ما ورد بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في ١٢ مايو سنة ١٩٣١ بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فقد نص عليه في المادتين ٦ و ٢٤ (عند التكلم على اختصاص المحاكم الشرعية النوعي أو بالنسبة لمحل الإقامة ومحل العقار) مستقلاً عن الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية، ومفهوم ذلك أن المشرع يدخله في اختصاص هذه المحاكم بغير أن يقيد ذلك بقيام الزوجية والا لاكتفى بالنص على الزواج والمواد المتعلقة بالزوجية لأن المهر بعد العقد يدخل فيها.

## ٣ - المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة

قدما أن المحاكم المختلطة لا ترجع أحكام الخطبة الى قوانين الأحوال الشخصية فهي تنظر اليها باعتبارها عملاً يخضع لأحكام القانون العام

---

(١) يراجع حكم محكمة شبراخيت الجزئية الشرعية في ٤ يناير سنة ١٩٣٠ (١٢) جادى الأولى سنة ١٣٥٠ بمجلة المهامة الشرعية ص ٣ من ٣٦١ رقم ٩٠.

لا علاقة له بالأحوال الشخصية . إلا أن القول بهذا إطلاقاً غير صحيح ، فإنه من التعسف في القول اعتبار الخطبة عملاً مدنياً لا علاقة له بالأحوال الشخصية . فإنها تنصب على عقد الزواج فهي وإن سبقت تمهده وتجمع الطرفين على تعهد بإبرامه . وقد تعرضت لها قوانين الأحوال الشخصية وشرعت لها أحكامها . فهي ذات صفة مشتركة<sup>(١)</sup> . إلا أنها أقرب للأحوال الشخصية منها إلى الأعمال المدنية العادية . ولعل ما يميزها عن الأحوال الشخصية البحتة هو أنها وإن كانت إجراء يتعلق بالزواج في ذاته فإنها إجراء غير لازم لصحة هذا العقد .<sup>(٢)</sup> فقد يتم زواج بغير خطبة وقد تحصل الخطبة ولا يعقبها زواج فلا تتغير حالة الشخص الذي دخل فيها . وما يوضح ذلك أن حرية الزواج مكفولة فلا يجوز إكراه الخاطب على إتمام الزواج كما مر بنا وبذلك يقتصر النظر في المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة في طلب التعويض فيكون النزاع مقصوراً على طلب تعويض وهو ما لا اختصاص لجهات الأحوال الشخصية به ولو كان ناشئاً عن عمل يتعلق بالأحوال الشخصية . ومن أجل ذلك يصح القول بأن هذه المنازعات لا تدخل في الأحوال الشخصية بالمعنى المقصود من المادة الرابعة من القانون المدني المختلطة والمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية وهما مادتا اختصاص . وهذا ما تتبعه المحاكم المختلطة والأهلية بحق . ولا محل هنا للاعتراض بأننا قلنا بأن المنازعات الخاصة بالمهر من اختصاص جهات الأحوال الشخصية لأن المهر من شروط الزواج فهو لا يفصل عنه ، وفي هذا ما يميز المنازعات الناشئة عنه عما ينشأ عن فسخ الخطبة . وكذلك لا محل للمقارنة بالنزاع في هدايا الخطبة لأننا قلنا إنها هبة . تنطبق عليها قواعد الهبة عموماً .

(١) مينا ج ٣ ص ٢٠٥ .

(٢) تراجع في هذا المعنى حكم محكمة كرموز الجزئية المرعية الصادر في ٧ أغسطس سنة ١٩٣٢ ( ٥٠ ربيع آخر سنة ١٣٥١ ) منشور بمجلة المحاماة الفرعية ص ٤٠٩ رقم ٢١٣ -

إلا أن المنازعات الناشئة عن فسخ الخطبة وإن كان نظرها يدخل في اختصاص المحاكم الأهلية والمختلطة فإن هذه المحاكم إذا ما فصلت فيها يجب أن تطبق عليها قواعد القانون الشخصي<sup>(١)</sup> إذ أن صفة الأحوال الشخصية تغلب عليها من حيث موضوع الحق أساس المنازعة لأن قوانين الأحوال الشخصية هي التي تحدد القيمة القانونية لهذا العمل ومدى ما ينشأ عنه من حقوق وارتباطات . وبناء على ذلك نقول ان القضاء المختلط لم يوفق حيث طبق عليها قواعد القانون المدني العامة . وأما القضاء الأهلي فبالرغم مما هو فيه من اختلاف في الرأي واضطراب في المبادئ التي قررها في هذا الموضوع فإن كل محكمة ترجع رأيها إلى قواعد الشريعة الإسلامية كما تقدم القول . ولنتظر الآن في مدى موافقة هذه الآراء المتباينة لقواعد الفقه الإسلامي في هذا الموضوع كما بينها . ولقد رأينا أن من المحاكم ما يقضى بعدم ترتب أي مسئولية على فسخ الخطبة على اعتبار أنها من المباحات العامة ، ومنها ما يرى جواز ترتب المسئولية ولكن على خلاف في الأساس . فمن المحاكم ما يرجعها إلى وقوع خطأ من الناكِل مقارنة لعدوله فالمسئولية مرجعها لهذا الخطأ مع التسليم بأن العدول عن الخطبة إباحة ، والبعض الآخر يرجع المسئولية إلى نظرية سوء استعمال الحقوق وقد أشرنا إلى الأحكام التي صدرت تطبيقاً لكل رأى من هذه الآراء<sup>(٢)</sup> .

فأما عن القول بعدم ترتب أي مسئولية على فسخ الخطبة لأنها من المباحات العامة فقد أوضحته محكمة استئناف مصر الأدلية في حكم مطول لها أصدرته في ٣٠ يونية سنة ١٩٣٠<sup>(٣)</sup> . وقد تعرض هذا الحكم لنظرية سوء

(١) أبو حيف بك في البولي الخامس ص ١٠٧٧ .

(٢) تراجع ص ٧٦ وما بعدها .

(٣) وقد سقت الإشارة لهذا الحكم — وتراجع أيضاً الأحكام السابق الإشارة إليها بصفحة ٨٥ .



استعمال الحقوق في القانون والشرعة ومدى تطبيقها القضائي كما تعرض لبحث ماهية الخطبة شرعاً . وعلى هدى ما قدمناه في هذين الموضوعين نقول ان الحكم لم يوفق فيما ذهب اليه ، ولم يكن استدلاله موافقاً للقانون ولا للشرعة .

بدىء الحكم بأساس غير قويم إذ جاء فيه أن مجال تطبيق نظرية سوء استعمال الحقوق في الفقه الاسلامي « أن يكون موضوع المنازعة بين الخصمين التعارض الحاصل بين الحقوق المقررة لكل منهما شرعاً ، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يقيد هذه الحقوق بالقيد الذي يرفع الضرر عن كلا الخصمين . أما الحقوق التي لا تعارض معها حقوق معينة عند تمتع أصحابها فلا يملك القاضي تقييدها بأى وجه من الوجوه مهما نجم عنها من المضار على الأفراد أو الجماعات إذ أنها من المباحات التي لا يترتب على فعلها أو تركها استحقاق أى عقاب عملاً بالقاعدة الشرعية التي تقول الجواز ينافي الضمان ، والجهة التي تملك تقييد مثل هذه الحقوق إنما هي الجهة التي تملك التشريع للكافة بالكيفية المدونة في كتب الفقه . وبهذه الكيفية تقرر الحجر على السفه والطبيب الجاهل والمكاري المفلس والتسكير عند تعدى أرباب الطعام في بيعه بغبن فاحش وبيع طعام المحتكر جبراً عليه عند امتناعه عن البيع وغير ذلك من التقييدات التي يقيد بها الشارع الحريات العامة كلها لاحظ من استعمالها ضرراً عاماً —

وهذا القول على إطلاقه ليس صحيحاً ؛ فقد بينا أن نظرية سوء استعمال الحقوق في الشريعة الاسلامية أوسع مجالاً من مثيلتها في القانون وتشمل أحكاماً يرجعها فقهاء القانون الحديث إلى أسس قديمة أخرى غير إساءة استعمال الحق ، ومن هذه الصور الحالات التي تقيد فيها الحقوق مراعاة للصالح العامة ويكون التقييد فيها آتياً من الجهة التي تملك التشريع للناس كافة كالتسكير وما إلى ذلك من الأمثلة التي ذكرتها المحكمة في حكمها ، فهذه الفروض وإن جمعتها مع غيرها نظرية سوء استعمال الحقوق في الشريعة الاسلامية فان تحليلها يظهر منه أنها

تختلف في الأساس عن غيرها مما يدخل تحت النظرية عموماً، لأن الضرر في هذه الصور ضرر عام فتضحية الحق الخاص جاء صيانة للمصلحة العامة، ومثل ذلك في القانون الحديث لا يرجع لقواعد نظرية سوء استعمال الحقوق وإنما لأسس تشريعية أخرى كنظام مراقبة شركات الاحتكار ونزع الملكية للنافع العامة وما إلى ذلك فهي بطبيعتها تدخل في خصائص السلطة العامة بما عليها من واجب الهيمنة والرقابة على مصلحة الجمهور، وهذه تختلف عن الحالات التي يكون فيها استعمال الحق سبباً لاضرار تحقيق بفرد أو أفراد معينين وهي الصورة التي تشترك فيها النظريتان الشرعية الإسلامية والقانونية الحديثة، فلا يصح والحالة هذه الاحتجاج بأحكام الحالات الأولى عند البحث في الثانية. ولقد رأينا من بحثنا في نظرية سوء استعمال الحقوق في الشريعة الإسلامية أن القاعدة العامة هي أن إحداث الضرر ممنوع شرعاً لأن هناك حقاً عاماً تقره الشريعة الإسلامية لكل فرد في أن لا يضر الغير وجه حق، وقد اعتبر الفقهاء هذا الحق العام حقاً لله متعلقاً بحقوق الأفراد التي ينجم عن استعمالها إضرار بالغير. وتقرر الشريعة أيضاً أن مقياس صحة العمل أو فسادة هو مطابقة هذا العمل أو مخالفته للحكمة الغائية التي من أجلها شرع الحق الذي كان أساساً للعمل محل النظر، وهذا مقياس شخصي مرجعه لنية صاحب الحق وهو غير متوقف على البحث في حالة الغير لمعرفة ما إذا كان له حق معين أم لا، ومن أجل ذلك قرر الفقهاء إبطال أعمال صحيحة في ظاهرها ولا تضر بشخص معين وذلك لمجرد مخالفتها للفرض المقصود من الحق الذي جاءت تطبيقاً له كمنكاح التحليل مثلاً، وهذا من عمل القضاء وليس من خصائص سلطة التشريع. وبذلك يكون للقضاء بحسب الشريعة الإسلامية أن يقيد الحقوق في الحدود التي ذكرناها عند الكلام على النظرية العامة في الشريعة في ثلاث حالات وهي: ١ - مخالفة العمل للحكمة الغائية من الحق

الذى جاء العمل تطبيقا له ، ٢ - ترتب ضرر على هذا العمل بشخص ليس له حق معين قبل الآخر غير الحق العام الذى لكل إنسان فى أن لا يضار وهو ما سبقت الإشارة إليه ، ٣ - ترتب ضرر على هذا العمل بشخص له حق معين كان فى استعمال الأول لحقه اعتداء عليه . وهذه هى الصورة التى قصدها المحكمة وقصرت تطبيق النظرية عليها ، وهى ليست الحالة الوحيدة لتطبيق نظرية سوء استعمال الحقوق بل إنها فى الواقع ونفس الأمر تخرج عن حيز سوء استعمال الحق بالمعنى الدقيق لأن البحث فيها موضوعى <sup>(١)</sup> يرجع إلى معرفة مدى ما يتقيد به كل من الحقين بالآخر . وقد قرر الحكم أن القاعدة التى استخلصها لتطبيق نظرية سوء استعمال الحقوق من الشريعة وهى « تعارض الحقوق » تطابق ما عليه العمل فى الفقه الفرنسى . وبهذا القول يخلط الحكم بين أمرين متباينين وهما « تعارض الحقوق » و « إساءة استعمال الحق » ، فإن ، تعارض الحقوق أمر موضوعى يشمل تقيد الحقوق بعضها ببعض وأما نظرية سوء استعمال الحق فتقوم على عامل شخصى هو استعمال الحق لغير الحكمة الغائية منه . حقيقة أن فى هذا العمل تعارضا بين الحق موضوع البحث وحق الغير ولكن حق الغير هذا كما يكون من قبيل الحقوق المعينة المحددة فقد يكون أيضا الحق العام لكل شخص فى أن لا يضار بغير موجب قانونى . وقد رجعت المحكمة إلى هذا القول فى حكمها إذ قالت فى معرض كلامها عن تطبيق النظرية فى الفقه الحديث « وأن التمييز فى استعمال حق التقاضى أمام المحاكم لم يجر إلا فى الحالة التى ثبت فيها أن القصد من استعماله الإضرار بالخصم الآخر وذلك على أساس أن حق التقاضى لم يمنح قانونيا إلا لاقتضاء الحقوق المشروعة فإن ثبت استعماله بقصد النكاية وتحميل الخصم انفاق أمواله بغير طائل اعتبر هذا الفعل تعديا على الحق الذى يملكه هذا الخصم

قانوننا في صيانة أمواله من الاتفاق في العبث ورفع النكايات عن نفسه .  
 على أن أضعف ما في الحكم هو ما ذكره عن ماهية الخطبة شرعا فقد قال  
 « ان الخطبة مجردة شرعا من كل اعتبار قانوني وعليه يكرن حق العدول عنها  
 من الحقوق المطلقة التي لا يملك القضاء تقييدها منها نبحم عنها من المضار » .  
 ومع ما في هذا القول من التناقض لأن تجريد الخطبة من كل اعتبار قانوني  
 يتنافى مع القول بوجود حق في العدول، لأن هذا القول يستلزم قيام ارتباط،  
 نقول فضلا عن وجود هذا التناقض فقد أخطأ الحكم في تعرف حكم الخطبة  
 شرعا . ويكفي أن نشير هنا منعا للتكرار إلى ما سبق أن ذكرناه عن تكييف  
 الخطبة شرعا ، وما نص عليه الفقهاء في حق العدول، لبيان وجه الخطأ فيما قاله  
 الحكم وبالتالي ما ذهب إليه من أن النكول عن الخطبة يعتبر مجرد مخالفة  
 لقواعد حسن الأخلاق بما لا يترتب عليه مسؤولية ما . ولو ان الحكم أصاب  
 في تكييف الخطبة من الوجهة الشرعية لما انتهى بالنتيجة التي قررها ولسجل  
 مبدأ المسؤولية عن فسخ الخطبة بغير مبرر، وذلك بغض النظر عما قاله عن  
 نظرية سوء استعمال الحقوق عموما . وما تقدم يتبين أن الرأي القائل بعدم  
 ترتب أية مسؤولية على فسخ الخطبة ليس قويا في الأسباب التي استند عليها  
 ولا في النتيجة التي وصل إليها .

وأما الرأي القائل بأن فسخ الخطبة في ذاته لا يوجب التعويض ولكن  
 الظروف التي تلابس هذا الفسخ قد تكون موجبة له فوجه الخطأ فيه هو أنه  
 جرد الخطبة من كل أثر قانوني ونسب التعويض الى الافعال الملائسة للعدول  
 والتي تكون في ذاتها موجبة للتعويض طبقا للقواعد العامة ، وفيما يبناء من  
 التكييف الفقهي للخطبة ما يظهر وجه الخطأ في هذا القول . ونضيف إلى ذلك  
 أن هذا الرأي بتجريده الخطبة من كل أثر قانوني يقوم على أساس غريب عن  
 الشريعة الاسلامية ، فهو أقرب الى القانون الفرنسي منه الى قواعد الفقه

الاسلامى فى هذا الموضوع .

ولعل أصح الآراء هو الرأى الذى يقرر مبدأ المسئولية عن فسخ الخطبة على أساس سوء استعمال الحق باعتبار أن حق العدول عن الخطبة لم يشرع الا لمسوغ يقتضيه عند ما يظهر أن الزواج المزمع لا يحقق غايته المأمولة ، فقد وافق الشريعة الاسلامية بكونه لمجرد الخطبة من كل أثر قانونى ، بل انها طبقا لهذا الرأى تعتبر اتفاقا مستحبا ينشأ عنه ارتباط ، وأن العدول عن الخطبة حق ولكنه مقيد فى استعماله بوجوب أن يكون مطابقا للحكمة الغالية التى من أجلها شرع ، وقد تبين لنا مما مر بنا فى تكييف الخطبة من الناحية الشرعية أن هذا القول مطابق للشريعة ، وكذلك يوافقها فى تقييد حق العدول بما تقتيد به الحقوق فى الشريعة الاسلامية بصفة عامة على ما يبيانه فى موضعه . الا أن اعتبار الخطبة تعهدا يتنافى مع القول بأن المسئولية المترتبة على الفسخ تعتبر ناشئة عن جنحة مدنية "responsabilité délictuelle" . حقيقة ان هناك حقا فى العدول مما يشعر بانعدام الأساس التعاقدى للمسئولية اذا ما وجدت ، ولكن هذا الحق مقيد بالقيد الذى أشرنا اليه وهو عدم الاساءة ، فاذا أسئء فى استعمال هذا الحق أى حق العدول لم يكن الفعل تطبيقا لهذا الحق الذى يكون غير قائم لعدم قيام موجه ، وبذلك يكون تصرف الناكل منافيا لتعده وموجباً لمسئولته على أساس العقد .

وتقرر المحاكم التى تأخذ بهذا الرأى أن البحث فى موجبات العدول وترتيب المسئولية ونوعها من خصائصها ، وهو قول صحيح اذ أن الحكم على الشئ فرع من تصوره وتصور حقيقة العدول سييله هذه البحوث . ومن هذه المحاكم من لم يقصر الاساءة على فسخ الخطبة وانما طبقها على الخطبة فى ذاتها ، ومجال الكلام فى ذلك عند البحث فى حق الزوج .

وأما نوع المسئولية التى تترتب على الفسخ وكيف يقضى بها ومن المختص بذلك فسيأتى فيما بعد عند الكلام فى جزاء اساءة استعمال الحق .

# الباب الثاني

## في الحقوق المتعلقة بالزواج في ذاته

يتناول البحث هنا حق الشخص في أن يتزوج، وحقه في أن يعدد زوجاته، ثم حق تزويج الغير .

### الفصل الأول

#### في الزواج

النكاح من العقود الشرعية المسنونة بأصل الشرع، وقد أشار اليه القرآن في مواضع متعددة، وجاء كثير من الأحاديث النبوية دال على ذلك . (١) وقد شرع الزواج لحكمة خاصة وهي ضمان التناسل وحفظ النسل والقيام عليه على الوجه الأكمل من تربية الأولاد وحفظهم وصياتهم، فإن التناسل سبيله اجتماع الذكور بالاناث وهذا الاجتماع قد يحصل بغير طريق الزواج إلا أنه ان حصل بغير تلك الطريق اختلطت الأنساب وفي ذلك مضيمة للأولاد لأن الغالب في النساء العجز عن التكسب والافتاق على الأبناء، وتعيين الأب سبب لالزامه بنفقة طفله وتعبده شئونه (٢). وحتى على فرض امكان الأم القيام بمصالح طفلها فهذا القيام يكون أكمل اذا كان من جانب

(١) تراجع الأحاديث الخاصة بذلك في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٢٥ وما بعدها .

(٢) تراجع للبوط ج ٤ ص ١٦٢ ؛ والشيخ أحمد ابراهيم بك بند ٧ و ٨ ؛ والشيخ

زيد بك ج ١ ص ١ و ٢ .

الأم والأب معا . وبغير هذه الحكمة الخاصة يصعب جدا بل يكاد يستحيل تبرير اختصاص رجل بالمرأة واقتصار كل منهما على صاحبه وارتباطهما برباط مفروض فيه أنه مدى الحياة . ومن أجل ذلك أيضا حرم الزنا وفرض على مرتكبه شديد العقاب .

أما الشهوة الجنسية فهي الدافع الطبيعي لاجتماع الرجل بالمرأة ، وهي خلقية في الانسان ولا توقف على عقد الزواج ، وقد شرع نظام الزواج لتنظيم طريقة ارضاء هذه العاطفة الطبيعية بما يحقق الغرض المقصود من إيجادها على وجه الكمال ويدفع ما قد يؤدي اليه الاسترسال فيها من مضار ، فالقول بأن الشهوة الجنسية تدفع للزواج وجهه أن الزواج هو الطريق الشرعي لاشباعها . والشهوة الجنسية في ذاتها داعية لاجتماع الذكور بالاناث هذا الاجتماع المؤدى للتناسل وهو المقصود وذلك من غير حاجة لأن يجعل الشارع الزواج في ذاته فرضاً دينياً ، وأما ما نص عليه فقهاء الشريعة الاسلامية من أن الزواج فرض أو واجب في حق الرجل الذي تتوق نفسه إلى النساء أو المرأة كذلك فرجعه إلى أن الزنا محرم وما لا يتوصل إلى ترك المحرم إلا به يصير واجبا شرعا (١) . وفي هذا البيان ما يرجح قول الامام الشافعي من أن النكاح في ذاته مباح كالبيع والشراء ، وبه ينتقض قول أهل الظاهر بأنه فرض عين (٢) . ومن قال من الفقهاء ان الزواج مندوب اليه أو هو سنة مستحبة نظر اليه باعتبار الغرض المقصود منه وهو ضمان التناسل على الوجه الأكمل وليس لمجرد قضاء الشهوة لأنها في ذاتها طبيعية كما يقوم بها الشخص لمصلحته

---

(١) ارجع في ذلك : البسيط ج ٤ ص ١٩٢ ؛ وضع القدير ج ٢ ص ٢٤٢ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٨ ؛ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٢ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ٢٢ ؛ ومقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٣ ؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ٢ .

(٢) ارجع تفصيل رأي أهل الظاهر والشافعي وحجج كل منهم في بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٢٨ ، ٢٢٩ ؛ وارجع المحلى لابن حزم ج ٩ بند ١٨١٥ .

الخاصة وهو ليس في حاجة إلى أن يبحث عليها . وانه وإن كان من الفقهاء من تعرض لذكرها عند البحث في صفة النكاح من حيث الوجوب أو الإباحة أو الكراهية أو التحريم كما سيأتي بيانه، فما ذلك إلا لأنها هي الداعية للاجتماع الذي به يحصل التناسل، وهذا واضح من قول صاحب كشف القناع « ويباح النكاح لمن لاشهوة له كالعين والمريض والكبير لأن العلة التي لها يجب النكاح أو يستحب وهو خوف الزنا أو وجود الشهوة مفقود فيه ولأن المقصود من النكاح الولد وهو فيمن لا شهوة له غير موجود فلا ينصرف إليه الخطاب به إلا أن يكون مباحا في حقه كسائر المباحات لعدم منع الشرع منه » (١).

ومراعاة الحكمة المقصودة من النكاح تعتبر في نظر فقهاء الشريعة الإسلامية عبادة يثاب المرء عليها، فنصوا على أن من يقصد من الزواج التناسل يثاب، أما من يتزوج لمجرد إرضاء شهوته الطبيعية فلا ثواب له على فعله هذا (٢). إلا أنهم لم ينصوا على أن الزواج في هذه الصورة الأخيرة يكون باطلا أو محرما، لأن فعل صاحب الحق لا يتنافى مع مقصد النكاح عموما لأن إرضاء الشهوة بذاته مؤد للتناسل وهو الغرض المقصود . ومن ذلك يتبين أن للنية أثرا في عقد النكاح .

والزواج باعتباره عملا من أعمال الانسان له صبغته القانونية البحتة (٣) يجوز عليه ما يجوز على كل عمل قانوني، فقد يحدث عنه اضرار بأحد الطرفين أو بالغير . وقد فطن فقهاء الشريعة الإسلامية لذلك فقيّدوا حق الزوج بما يمنع الضرر سواء كان هذا الضرر بما يلحق أحد طرفيه أو الغير على ماسيجي .

(١) راجع كشف القناع ج ٣ ص ٣ . وفي هذا المعنى شرح المنتهى على هامش المرجع السابق في نفس الوضع .

(٢) راجع فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٣ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٩ .

(٣) راجع في ذلك مقال فضيلة الشيخ أحمد إبراهيم بك « الزواج المدني والزواج الديني في نظر الفريسة الإسلامية » بمجلة كلية الحقوق ص ٢ العدد الأول ص ٦ وما بعدها .



وعلى أساس ما تقدم نقرر أن القاعدة العامة التي تنقيد بها الحقوق في الشريعة الإسلامية عموماً تنقيد بها حق الزوج . ولهذه القاعدة وجهان : الأول — أن حق الزوج شرع لحكمة خاصة يجب أن يتجه إليها قصد الشخص عند استعماله لهذا الحق ، والثاني — أن استعمال هذا الحق يجب أن يكون بحيث لا ينجم عنه ضرر . ولتكم على كل من هذين الوجهين .

\*\*\*

الوجه الأول : يجب أن يكون قصد الشخص من الزوج موافقاً للحكمة التي من أجلها شرع النكاح

قدّمنا أن الشخص إذا قصد بالزواج الولد والتحسين فهو مثاب على ذلك ، ومجرد النية كافية لحصول الثواب بغير توقف على حصول الولد فعلاً لأن هذا أمر خارج عن إرادة الإنسان . وأما إذا كان الزوج لمجرد إرضاء الشهوة الطبيعية فهو من قبيل المباحات ولا ثواب عليه ، وقلنا أنه حتى في هذه الصورة لا يتنافى قصد الزوج مع حكمة النكاح لأن إرضاء الشهوة في ذاته مؤد للنسل . ومن قبيل هذه الصورة الأخيرة ما لو تزوج شخص امرأة معينة ويقصد بهذه الزوجية العز أو المال أو الرفعة فإن قصد الزوج في هذه الصورة وإن اتجه لغير تحقيق الحكمة المقصودة من الزواج فإنه لا يتنافى مع حصول المقصود منه بحسب الشرع . وقد ورد في فتح القدير عند الكلام على النكاح الذي يثاب المرء عليه ، أما إذا لم يتزوج المرأة إلا لعزها أو مالها أو حسبها فهو ممنوع شرعاً قال صلى الله عليه وسلم من تزوج امرأة لعزها لم يرده الله إلا ذلاً ومن تزوجها لمالها لم يرده الله إلا فقراً ومن تزوجها لحسبها لم يرده الله إلا دناءة ومن تزوج امرأة لم يردها إلا أن يفض بصره ويحصن فرجه أو يصل رحمه بارك الله له فيها وبارك لها فيه <sup>(١)</sup> . والظاهر أن المنع الذي

(١) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٣

أشار إليه في قوله ينسحب إلى قصد ما ذكره وأنه لا يثاب على ذلك ، وليس غرضه أن مثل هذا الزواج ممنوع شرعا بحيث يلحقه البطلان . والعلة في ذلك ما قدمناه من أن مثل هذا الزواج في ذاته لا يتنافى مع الحكمة المقصودة من النكاح عموما . وقد نقل ابن عابدين عن فتح القدير عبارته السالفة في مجال كلامه عما يستحب عمله عند الزواج ولم يذكر أن مثل هذا النكاح باطل شرعا (١) . وكل ما ذكرناه عن أثر النية في الزواج مقصور على الناحية الدينية فقط من حيث الثواب أو عدم ترتبه على فعل الزوج على ما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية ، وليس لها في هذه الصور أثر على العقد من حيث القضاء بمعنى أنها لا تبطل النكاح .

على أن للنية أثرًا في الزواج من الوجهة الفقهية بمعنى أنها قد تؤدي إلى بطلان هذا العقد شرعا ، وهذا الأثر يكون عند ما يتنافى قصد الشخص مع قصد الشارع من الزواج وبعبارة أخرى عند ما يقصد الشخص من الزواج غرضا يتنافى مع ما يقصده الشارع من سن هذا العقد . ومن الأمثلة الواضحة لتطبيق هذه القاعدة ما نص عليه فقهاء الشريعة الإسلامية في نكاح المتعة ونكاح التحليل ونكاح المريض . ولنتكلم عن كل منها .

#### ١ — نكاح المتعة :

صورة هذا العقد أن يحصل الاتفاق بين الرجل والمرأة على أن يتمتع بها مدة معينة مقابل جعل معين . وقد انعقد اجماع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن هذا النكاح باطل (٢) ، والأحاديث النبوية الدالة على بطلانه

(١) ابن عابدين ج ٢ ص ٣٦٠ .

(٢) يراجع في ذلك: رحمة الأمة ج ٢ ص ٧٥ ؛ والليزان الكبرى ج ٢ ص ٩٦ ؛ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٥٠ ؛ والأم ج ٥ ص ٧١ ؛ وللبسوط ج ٥ ص ١٥٢ ؛ والزيلعي ج ٢ ص ١١٥ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ٥٠٦ . ويرى الحنفية والشافعية أن البطلان يكون إذا ظهر قصد المتعة في العقد أما إذا حصل الزواج مطلقاً وكان في نية الشخص أن يقصد معها مدة نواها ولم يذكرها

كثيرة<sup>(١)</sup>. وقد نص فقهاء الشريعة على أن النكاح المؤقت يعتبر نكاح منته ويلحقه في الحكم<sup>(٢)</sup>.

والحكمة في إبطال هذا العقد هي أنه ليس بنكاح وان أعطى شكل النكاح الظاهر. وذلك لأن المقصود منه يتنافى مع غرض الشارع المقصود من سن النكاح. ذلك أن المقصود من المتعة هو مجرد إرضاء الشهوة الجنسية بوجه يتنافى مع الحكمة المقصودة من النكاح لأن قصر القصد على التمتع فيه قصد استبعاد مقاصد النكاح الشرعية من التنازل وحفظ الولد، ومن جهة أخرى ان توقيت هذا العقد مانع من حصول هذا المقصود من النكاح، فالعمل بوجهيه يتنافى مع الغرض الشرعي من الزواج. ولا يصح الاعتراض هنا بأننا قلنا ان من يتزوج لمجرد إرضاء الشهوة الجنسية فعقده صحيح، فإن الفرق بين صورتين كبير وهو أنه في هذه الصورة وإن كان الباعث له على الزواج هو قضاء الشهوة فإنه لم يقصد استبعاد التامع الطبيعية للزواج والتي تكون الغرض المقصود منه كما أنه لم يعمل على ذلك بخلاف الحال في نكاح المتعة كما تقدم.

### ب — نكاح التحليل :

اتفقت كلمة جمهور المسلمين على أن الزوجة لا تحل لزوجها الأول بعد طلاقه لها الطلاق المكمل للثلاث إلا اذا تزوجت زوجاً غيره زواجا صحيحاً

في العقد فالنكاح صحيح ( الأم والزبيلى المرجعان السابقان ) . أما المناهضة فيرون أن شرط التمتع كنية التمتع الباطلة كلاماً يبطل النكاح ، كشاف الفتاوى في الموضع السابق .

(١) تراجع هذه الأحاديث والتطبيق عليها في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٦٨ وما بعدها .

(٢) المراجع السابق الإشارة إليها — ويرى الامام زفر من أتباع الامام أبي حنيفة أنه

إذا نص في عقد الزواج على توقيته بمدة فالنكاح صحيح ويسقط شرط التوقيت . هذا اذا حصل

العقد بلفظ التزوج فإن حصل بلفظ المتعة فهو موافق للجماعة على البطلان . المبسوط ج ٥ ص

١٥٣ ؛ والميزان الكبير في الموضع السابق الإشارة إليه .

خالياً من الموانع الشرعية ودخل بها الزوج الثاني وكان بينهما ما يكون بين الزوجين ثم طلقها وانقضت عدتها منه لقوله تعالى «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره»، ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أفهم من ترافعت إليه في هذا الشأن أنه لا بد من الدخول والمس. وهذا هو رأى كبار الصحابة والتابعين من بعدهم والأئمة الأربعة ومن على مذاهبيهم، ولم يشذ عن ذلك سوى نفر قليل جداً ولا عبرة لرأيه لمخالفته ظاهر الآية وحديث الرسول في ذلك. (١) وقد يلجأ بعض الناس في حالة ما اذا وقع طلاق بات بين رجل وامرأته الى التحيل على هذا الحظر المتقدم فيأتون بشخص يعقد على المطلقة زواجه ويدخل بها ويمسها ثم يطلقها بعد ذلك، وقصده من كل ذلك أن يحلها لزوجها الأول. وهذه هي صورة نكاح التحليل، فالمحلل لا يقصد النكاح وإنما يقصد تحليل الزوجة لمطلقها وقد جعل نكاحه لها وسيلة لذلك. وحكم هذا الزواج أنه حرام ديانةً بإجماع مذاهب المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام «لعن الله المحلل والمحلل له». (٢) ومع تصحيح أئمة المذاهب الأربعة لهذا الحديث وأخذهم به فانهم اختلفوا في توجيهه وفي حكم نكاح التحليل قضاء.

فطبقاً للذهب الحنفي اذا تزوج الرجل بشرط التحليل فالزواج صحيح إلا أنه مكروه للحديث المتقدم وقد حملوه على أنه مقصود به الكراهية، فاذا طلق الزوج الثاني المرأة التي عقد عليها لتحليلها لزوجها الأول حلت لهذا الزوج. إلا أن الامام محمداً مع قوله بصحة الزواج الثاني فهو يرى أنها لا تحل للاول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيعامل بنقيض مقصوده. ويرى الامام أبو يوسف أن نكاح التحليل فاسد لأنه بمعنى النكاح المؤقت، ويترتب على

(١) فتوى الشيخ طه حبيب بمجلة نور الاسلام المجلد الرابع ص ٥٥٨.

(٢) يراجع اسناد هذا الحديث وشرحه في نيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٥ وما بعدها.

القول بفساده أن الزوجة لا تحل لزوجها الأول به .<sup>(١)</sup> ويرى المالكية أن نكاح التحليل نكاح فاسد فيفرق بينهما قبل الدخول وبعده سواء كان الزواج بنية إحلال الزوجة لمطلقها أو كان بنية الإحلال مع نية إمساك الثاني لما أن أعجبه ، والعبرة بنية الزوج الثاني (المحلل) ولا عبرة بنية الأول أو الزوجة وذلك لأن الطلاق يبد الزوج الثاني ، ويعاقب المحلل وكذلك الزوجة والشهود إن علوا ، ولا تحل الزوجة بهذا الزواج الفاسد لمطلقها الأول .<sup>(٢)</sup> وطبقا لرأى الشافعية إذا تزوج الرجل المرأة على أن الزواج ينتهى بالدخول والمس ليحلها من زوجها الأول فهذا العقد باطل ويعتبرونه نوعا من نكاح المتعة ويحملون حديث « لعن الله المحلل والمحلل له » على صورة اشتراط التحليل في العقد ، أما إذا عقد النكاح مطلقا بلا شرط فيه وكانت نية الزوج أن لا يسكها إلا قدر ما يصيبها ليحلها لزوجها الأول فإن النكاح يثبت ولا تفسد النية منه شيئا ، وذلك على اعتبار أن النية حديث نفس وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم وقد ينوى الشخص الشيء ولا يفعله وينويه ويفعله فيكون الفعل حادثا غير النية .<sup>(٣)</sup> وهذا رأى الشافعي في مذهبه الجديد (المصري) ، وأما في مذهبه القديم (العراقي) فله قولان فيما إذا كان الزواج الثاني مطلقا لم يشترط الزوج ولم يشترط عليه التحليل إلا أنه نواه وقصده . وأحد هذين القولين يوافق مذهبه الجديد ، والثاني يوافق ما ذهب إليه الإمام مالك .<sup>(٤)</sup>

(١) تراجع في ذلك : الهداية ج ٢ ص ٨ و ٩ والزيلى ج ٢ ص ٢٠٩ وابن عابدين ج ٢ ص ٧٤٣ .

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥١ ؛ ومنح الجليل ج ٢ ص ٥٧ و ٥٨ ؛ وتراجع المدونة ج ٢ ص ٢١١ .

(٣) الأم ج ٥ ص ٧١ ؛ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ٢١٤ .

(٤) إقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيمية ص ٧ .

ويرى الحنابلة أن نكاح التحليل حرام باطل سواء شرط ذلك في العقد أو لم يشرط ولكنه نوى التحليل . فلا يصح العقد إلا اذا كان الزواج زواج رغبة خاليا عن نية التحليل . وقد استدلوا على رأيهم هذا بالحديث السالف الذكر . (١) .

هذا هو حكم نكاح التحليل في المذاهب الأربعة ، فهو باطل عند المالكية والحنابلة والشافعية ( اذا شرط في العقد ) وعند أبي يوسف من الحنفية ومكرهه كراهة تحريرية عند من يرون صحته منهم ولم يصح عند الشافعية إلا اذا كانت نية التحليل خفية لم تظهر في العقد وقد صرح الامام الشافعي بأنه قال بذلك لاحتمال تخلف النية ومع ذلك فان له رأيا آخر يقول بابطال هذا النكاح كما تقدم . فأغلبية آراء الفقهاء على بطلان هذا النكاح ولم يقل أحد منهم بأنه يعدل نكاح الرغبة وقول من يصححه من الحنفية والشافعية في بعض الصور لا يفيد ذلك مطلقا .

وقد كتب الامام أحمد بن حنبل في تيمية سفر أجليلا (٢) بحث فيه نكاح التحليل وأثبت بأدلة قوية من الكتاب الكريم والسنة الشريفة واجماع العلماء أن هذا النكاح حرام باطل لا يفيد الحل ، واستدل على بطلانه من طريقين أحدهما بطلان الحيل عموما وظاهر أن نكاح التحليل نوع من الحيلة ، والثاني بطلان هذا النوع من النكاح بوجه خاص . ورد على قول من قال بأن بطلان نكاح التحليل مقصور على حالة ما إذا شرط التحليل في العقد بخلاف ما لو كانت نية التحليل كامنة لم تظهر (٣) . وهو يرى أن نكاح التحليل باطل ولو لم تعلم الزوجة أو وليها بنية التحليل لأن قصد التحليل إنما حرم مراعاة

(١) تراجع كشف الفتاح ج ٣ ص ٥٤ .

(٢) إقامة الدليل على ابطال التحليل ، وهو مطبوع مع ج ٣ من فتاويه .

(٣) تراجع إقامة الدليل على ابطال التحليل ص ١٨٩ وما بعدها .

لحق الله تعالى بحيث لو علقت المرأة أو وليها بقصده التحليل لم تجز منا كحته ،  
فالخلل هنا لم يقع في أهلية العاقد ولا في حلية العقود عليه وإنما وقع في نفس  
العقد . وحكم الوطء والاستمتاع الذي يحصل بناء على هذا الزواج أنه حرام  
على الزوج وعفو في حق الزوجة ( بمعنى أنه ليس حلالا حلا شرعيا ولا  
حراما تحريماً شرعياً ) ويحل للزوجة ما انتفعت به من نفقة وتستحق المهر (١).  
وقد تابع الإمام ابن قيم الجوزية أستاذه الإمام ابن تيمية على القول  
بأن نكاح التحليل باطل شرعا ولا يترتب عليه ما يترتب على النكاح الصحيح  
من الآثار الشرعية . وسواء شرط التحليل في صلب العقد أو لم يشترطه  
الزوج ولكن نواه فالإبطال واقع لأن الأعمال بالنيات (٢).  
ومن العلماء المعاصرين من يأخذ بقولهما هذا على أنه الحق خلافا لما  
ذهب إليه الحنفية في هذا الموضوع (٣).

وعلة إبطال نكاح التحليل هي — كما قال الإمام ابن تيمية — أن النكاح  
قصد ما يتأقضى النكاح ، لأنه قصد أن يكون نكاحه للمطلقة من غيره وسيلة  
إلى ردها إلى زوجها الأول والشئ إذ حصل لغيره كان المقصود بالحقيقة هو  
ذلك الغير لا إياه ، فيكون المقصود بنكاحها أن تكون منكوحة للغير لا أن تكون  
منكوحة له ، وهذا القدر ينافي قصد أن تكون منكوحة له إذ الجميع بينهما  
متناف وهو لم يقصد أن تكون منكوحة له بحال حتى يقال قصد أن تكون  
منكوحة له في وقت ولغيره في وقت آخر إذ لو كان كذلك لكان يشبه قصد  
المتعة من غير شرط ولهذا لو فعله فقد قيل هو كقصد التحليل وقيل ليس  
كذلك وإذا لم يكن كذلك لم يصح الحاقه بمن لم يقصد ما ينافي النكاح لا في

(١) إقامة الدليل على إبطال التحليل من ١٨٣ و ١٨٤ .

(٢) يراجع اعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٤ وما بعدها من ١٠٠ و ١٠٣ و ١٠٥ .

(٣) يراجع مقال « إبطال نكاح التحليل » لأحد علماء مدرسة القضاء الشرعي بمجلة  
القضاء الشرعي ص ١ من ١٠٠ وما بعدها .

الحال ولا في المال بوجه مع كونه قد أتى بالقول المتضمن في الشرع لقصد النكاح<sup>(١)</sup>. والشارع لما حرم المطلقة ثلاثا على مطلقها حتى تنكح زوجا غيره ثم يفارقها لم يكن مقصوده وجود الحل للزوج الأول، فانه لم ينصب شيئا يفضي اليه غالبا حيث علق وجود الحل بأن تنكح زوجا غيره ثم يفارقها، وهذه الغاية التي هي النكاح يوجد الطلاق معها تارة وتارات كثيرة لا يوجد وهي في نفسها توجد تارة وتارات لا توجد، فيعلم أن الشارع نفي الحل إما عقوبة على الطلاق أو امتحانا للعباد أو لما شاء سبحانه ولو كان مقصوده وجوده إذا أرادته المكلف لتنصب له شيئا يفضي اليه غالبا، والزواج الثاني الذي علق عليه الشارع حل تزوج الأول بمطلقته لم ينصب لحصول هذا الحل بل نصب لحصول ما ينفيه (وهو ارتباط الزوجة مع الزوج الثاني ارتباطا يحقق المصالح المرجوة من النكاح شرعا)، فاذا نكحها هذا الزوج الثاني ليحلها للأول فهو لم يقصد النكاح وإنما قصد أثر زوال النكاح فيكون هذا مقصوده، وهذا المقصود لم يقصده الشارع ابتداء وإنما أثبتته عند زوال النكاح الثاني كما تقرر، فلا يكون النكاح مقصودا له بل الحل للمطلق هو مقصوده وليس هذا الحل مقصود الشارع فلا تتفق لإرادة الشارع والمحلل<sup>(٢)</sup>. وهذا القول أصرح ما يكون تطبيقا للبدأ القاضي بأن استعمال الحق يجب أن يكون موافقا للحكمة التي من أجلها شرع هذا الحق.

### ح - نكاح المريض :

نكاح المريض مرضا يخشى منه الموت عادة غير جائز في مذهب الامام مالك . ووجه القول بعدم جواز هذا النكاح هو أن الزوج متهم بقصده

(١) إقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيمية ص ٤٩ .

(٢) إقامة الدليل على إبطال التحليل لابن تيمية ص ٨٨ — ٩٠ .



إدخال الضرر على ورثته بهذا الزواج بادخاله وارثا معهم . على أن الرأي الذي رجحوه هو أن المنع يدور مع علته هذه وجودا وعدما ، بمعنى أنه إذا انتفت التهمة بأن كان الزوج محتاجا لهذا الزواج فالنكاح صحيح وإلا فإنه لا يجوز<sup>(١)</sup> . ولذلك قالوا انه لا يجوز تزوج المريض بمریضة ، لأن أحدهما لا يتنفع بالآخر غالبا<sup>(٢)</sup> فيكون الظاهر هو أن مقاصد الزواج الشرعية غير مقصودة ، ويرجح هنا قصد الاضرار بالورثة . والمنع كما يكون في حق الزوج المريض يكون في حق الزوجة المريضة أيضا لأن الحكمة واحدة<sup>(٣)</sup> . وحكم هذا الزواج في مذهب الامام مالك أنه يفسخ قبل الدخول وبعده ، فإن صح المريض أقر الزوجان على نكاحهما ، وقد روى عنه أنه كان يرى الفسخ ولو صح المريض ، إلا أنه عدل عن هذا الرأي إلى ما تقدم . وأما المهر فتستحقه الزوجة إذا دخل بها الزوج ، وذلك فيما لا يتجاوز ثلث التركة ، وإن لم يدخل بها فلا مهر لها<sup>(٤)</sup> . وغند الحنفية تزوج المريض بمهر المثل جائز لأنه من الحوائج الأصلية<sup>(٥)</sup> دائما ، ولذلك أجازوا نكاح المريض ، بخلاف المالكية فانهم اعتبروا أن النكاح قد لا يكون من ورائه منفعة للزوج وبذلك يحمل على قصد الاضرار بالورثة .

(١) تراجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٤٠ ؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ٧٨ ؛ والمجلد ج ١ ص ٢٥ . ومن فقهاء المالكية من يقول بمنع هذا الزواج سواء كان المريض محتاجا فنكاح أو غير محتاج . تراجع هذا القول في مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٨١ .

(٢) منع الجليل للرجع السابق ؛ وشرح الزرقاني ج ٣ ص ٢٣٤ .

(٣) تراجع للدونة ج ٢ ص ١٦٨ ؛ ومنع الجليل للرجع السابق — وقد ألحقوا بمرض الموت ما هو في حكمه كأن يكون الزوج في صف القتال أو محبوسا لقتل ... الخ . الرجع السابق .

(٤) تراجع للدونة وبداية المجتهد ومنع الجليل للراجع السابقة .

(٥) جامع الفصولين ج ٢ ص ١٧٠ — ومذهب الشافعي كمنع أبي حنيفة في ذلك . بداية المجتهد لابن رشد للرجع السابق . وكذلك مذهب الامام أحمد . تراجع ردة الأمة ج ٢ ص ٦٣ ؛ وتناوى ابن تيمية ج ٤ ص ٧٢ رقم ١٢٦ . ومن هذا الرأي أيضا الامام ابن حزم الظاهري . تراجع المحلى ج ١٠ ص ٢٧ .

ومن هذا يتبين أن الخلاف بين الرأيين في تطبيق المبدأ لا في المبدأ ذاته فإنه يبقى مسلماً ، وهو أن النكاح إذا لم يكن مقصوداً لمنفعته المشروعة وقصد به الاضرار بالغير فهو غير صحيح .

\*\*\*

### الوجه الثاني : تقييد الزواج بعدم ترتب ضرر عليه

قلنا أن الزواج باعتباره عملاً من أعمال الإنسان يجوز عليه ما يجوز على هذه الأعمال ، فهو وإن كان في الغالب محققاً لمصلحة فإنه قد ينشأ عنه ضرر . ولم تنب هذه الحقيقة عن فقهاء الشريعة الإسلامية عندما بحثوا في صفة النكاح ، فقالوا أنه قد يكون فرضاً أو واجباً أو مندوباً إليه أو مباحاً أو مكروهاً أو حراماً ، ومرجعهم في تقرير كل صفة من هذه الصفات هو ما قد ينشأ عن الزواج من مصلحة أو ينجم عنه من مفسدة باختلاف الأشخاص والظروف . فأما عن الضرر والوجوب فقد علقها فقهاء الشريعة الإسلامية بالاجماع على سبب لا يتعلق بالزواج في ذاته <sup>(١)</sup> وهو خوف الزنا أو يقن وقوعه إذا لم يتزوج على ما سبق بيانه . وفيما عدا هذه الصورة فالزواج في الجملة مرغوب فيه ومندوب إليه عند المالكية والحنابلة <sup>(٢)</sup> ، ومباح وحلال في ذاته عند الحنفية والشافعية <sup>(٣)</sup> . هذا إذا لم يكن في الزوج ضرر وأما إذا كان الزواج مؤدياً لحصول ضرر فقد اختلف الحكم على ما سيبحث من البيان . والضرر الذي ينجم عن الزواج قد يترتب على الزواج في ذاته أي على استعمال حق الزوج ، وقد يترتب على تقصير ينسب للشخص عند استعماله لحقه هذا ، بحيث ينشأ عن الزواج مع هذا التقصير ضرر بالنسبة لزوجية معينة ما كان ليقع لو استبعد وجه التقصير . ولنتكلم في كل من الحالتين .

(١) وقد نبه مؤلف كتاب بدائع الصنائع إلى ذلك صراحة ج ٢ ص ٢٢٩ .

(٢) مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٣٢ ؛ وكشاف الفتاوى ج ٣ ص ٣ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٢٨ ؛ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٢ .

## ١ - إذا ترتب على الزواج في ذاته ضرر

اتفقت كلمة فقهاء الشريعة الاسلامية على أنه في غير الحالة التي يكون فيها الزواج فرضاً أو واجباً لتيقن الوقوع في الزنا أو الخوف من ذلك بعدمه مكروه للرجل والمرأة على السواء إذا ترتب عليه ضرر . فإذا تيقن وقوع الضرر صار حراماً <sup>(١)</sup> .

على أن الحالة التي نص الفقهاء على أن الزواج فيها فرض أو واجب لم تخل من تقييدها بعدم حصول ضرر على رأى بعضهم ، فقد ورد في منح الجليل رواية عن بعض علماء المالكية أن الزواج ممنوع لمن يضر بالمرأة لعدم الوطء أو النفقة أو للنفقة عليها من كسب حرام ولم يخف العنت . إلا أنه عقّب

(١) يراجع فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٢ ؛ والبرج ج ٣ ص ٨٤ و ٨٥ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٨ و ٣٥٩ ؛ ومنح الجليل ج ٢ ص ٢ و ٣ ؛ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٤٢ ؛ ومقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٣ . ويلاحظ أن هذا المؤلف الأخير لم ينص على الحرمة إلا أن سياق كلامه لا يتعارض مع القول بها . ولم يذكر صاحب كشف التنقيح حالة كراهية النكاح أو تحريمه إلا أن كلامه يستلزم منه ذلك فقد قال ما نصه : « ويباح النكاح لمن لا شهوة له كالمتين والمرضى والكبير لأن الملة التي لها يجب النكاح أو يستحب وهو خوف الزنا أو وجود الشهوة مفقود فيه ولأن المفقود من النكاح الولد وهو فيمن لا شهوة له غير موجود فلا ينصرف اليه الخطاب به إلا أن يكون مباحاً في حقه كسائر المباحات لعدم منع الفرع منه وتخليه اذن لتوافل العبادة أفضل لمنع من يتزوجها من التحصين بشيئه ويضرها بجسبها على نفسه ويرسئ نفسه لواجبات وحقوق لعله لا يقوم بها ويشغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه » اهـ . يقول ان هذا الكلام يجيد كراهية النكاح بل تحريمه وليس كما قال المؤلف انه مباح في تلك الحالة التي تناولها بمخه ودليلنا على ما نقول هو أن المصنف قال بالاباحة لعدم منع الفرع للزواج في هذه الحالة مع أنه اقرض حصول الضرر بالزوجة والضرر ممنوع شرعاً وما يؤدي اليه ممنوع أيضاً على ما مر بنا عند البحث في مدى استعمال الحق عموماً ، وفضلاً عن ذلك فقد ذكر المؤلف أن الزواج في الصورة التي تكلم عنها لا فائدة فيه ، ونقول ان ما لا فائدة فيه فعله عبث والفرصة الاسلامية لا تهر ما هو عبث . ولعل في هذا القول ما يرد به على ما نقله فضيلة الشيخ محمد نجيب في كتابه « رفع الأغلاق عن مشروع الزواج والطلاق » ص ٧١ — ٧٣ بشأن منعه الخاطلة .

على ذلك مباشرة بقول لأحد علمائهم ( ابن رجال ) بأن خائف العنت مع عجزه عن النفقة مكلف بترك الزنا لأنه في طوقه ، وبترك التزوج الحرام . فلا يحل فعل محرم لدفع محرم (١) . ومقتضى هذا القول أن الزواج الذى يضرب بالزوجه يحرم إطلاقاً ولو خاف الزوج العنت إن لم يتزوج . وأصرح من هذا ما ذكره العلامة ابن نجيم في كتابه البحر الرائق ونقله عنه ابن عابدين في حاشيته على الدرمن أن فرضية الزواج أو وجوبه مشروطان بالقدرة على المهر والنفقة وعدم الجور ، فإذا تعارض خوف الوقوع في الزنا لو لم يتزوج وخوف الجور لو تزوج قدم الثاني وصار الزواج مكروهاً ، فإن تيقن الجور صار الزواج حراماً . وقد علل ذلك بأن الجور معصية متعلقة بالعباد والمنع من الزنا من حقوق الله تعالى وحق العبد مقدم عند التعارض لاحتياجه وغنى المولى تعالى (٢) .

وقد اقتصر فقهاء الشريعة الإسلامية عند الكلام على صفة النكاح على ذكر الضرر الناتج عن العجز عن النفقة والمهر وخوف الجور ، ولم يحدوا المقصود بخوف الجور ، ومنهم من مثل له بعدم القدرة على الوطء بما يضرب بالزوجة .

والكراهية والتحريم اللذان يوصف بهما الزواج في هذه الحالات لا يؤديان إلى بطلانه إذا ما حصل لأن موجباته عارضة . وقد نص على أنه إذا علم الطرف الآخر بوجه الضرر ورضى به صار الزواج مباحاً (٣) . وفضلاً عن ذلك فإن العجز عن النفقة والضرر يجيزان التفريق بين الزوجين كما سيحى .

(١) منع الجليل ج ٢ ص ٣ .

(٢) راجع البحر ج ٣ ص ٤٨٤ وابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٨ و ٣٥٩ .

(٣) منع الجليل ج ٢ ص ٢ .

وليست هذه كل الحالات التي يتصور فيها الضرر فهو يتحقق أيضاً في حالات أخرى كما لو كان بأحد الزوجين عيب ينفر الآخر منه . وقد أجازت الشريعة للطرف الثاني خيار الفسخ في هذه الحالة <sup>(١)</sup> . وأساس تقرير هذا الحق متفق عليه بين المذاهب وهو ترتب الضرر على الزواج في هذه الحالة وتختلف مقاصده الشرعية <sup>(٢)</sup> . وظاهر أن هذا الأساس يدخل فيما تنقيد به الحقوق عموماً على مامر بنا في موضعه . ويمكن القول تطبيقاً لما تقدم أن من يقدم على الزواج وهو يعلم أن به عيباً مما يميز الفسخ ويخفيه عن الطرف الآخر يكون مسئولاً عما يصيب هذا الآخر من الأضرار التي تنجم عن الزواج ، كأن يكون مصاباً بمرض يعدي به زوجه . ويؤيد ذلك مانص عليه المالكية والحنابلة من أن الزوج إذا رد زوجته بالعيب بعد الدخول فله أن يرجع بما دفعه لها على من غره باخفاء العيب عنه سواء كان الولي أو كانت الزوجة نفسها <sup>(٣)</sup> .

(١) وتختلف للمذاهب في بيان ما يعتبر عيباً وما لا يعتبر كذلك فبعضها مشدد وبعضها مخفف ولا ترى حاجة الدخول في تفصيلات ما قلناه ويكتفي أن تشير إلى أن الرأي الذي يظن والحكمة التي من أجلها أيسرت الفرقة بسبب العيب هو ما ذكره الإمام ابن قيم الجوزية من أن كل عيب ينفر أحد الزوجين من الآخر ولا يحصل به مقصود التكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار لهذا الزوج ( زاد المعاد ج ٢ ص ٢٣٤ ) . ويغرب من ذلك مانص عليه القانون رقم ٢ لسنة ١٩٢٠ في المادة التاسعة منه من أن « للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها القيام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به فإن تزوجه عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق » . وقد أخذت هذه المادة عما استقر عليه الرأي في مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية سنة ١٩١٧ ، راجع كتاب الشيخ أحمد إبراهيم بك ص ٣٢١ . ويقتط الخيار بالرضا بالعيب صراحة أو دلالة .

(٢) راجع في ذلك : المدونة ج ٢ ص ١٦٧ وما بعدها ؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ٧٩ وما بعدها ؛ والألم ج ٥ ص ٧٥ وما بعدها ؛ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٣٥ وما بعدها ؛ ونبات الصنائع ج ٢ ص ٣٢٧ ؛ وكشاف الفتاوى ج ٣ ص ٦١ وما بعدها ؛ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٤٤ و ٤٥ . (٣) المدونة ج ٢ ص ١٦٨ ؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ٩٠ ؛ وكشاف الفتاوى ج ٣ ص ٦٦ ؛ وزاد المعاد ج ٢ ص ٢٣٤ .

ولما كانت مشروعية الخطبة متوقفة على مشروعية النكاح فمن يقدم على خطبة ويتأدى فيها وهو يعلم أنه مصاب بمرض يمنعه من الزواج يكون مسئولاً (١).

والضرر الذى من قبيح ما تقدم خاص يصيب فرداً معيناً وهو أحد طرفى العقد . ولكن هناك حالات قد يكون الزواج فيها مسيئاً لضرر عام لا يقتصر على فرد معين بل يتعدى إلى الجماعة ، فقد أثبت العلم الحديث أن هناك أمراضاً نفسية وعقلية وعبوياً خلقية فى الإنسان تنتقل إلى ذريته بالوراثة . وقد تنبهت الأذهان فى بعض البلاد الأجنبية منذ أوائل القرن الحالى الى ضرورة العمل على منع تناسل الأشخاص المصابين بشئ من هذه الأمراض منعاً لما عساه أن ينتج عن هذا التناسل من نسل يحمل العيوب الوراثية مما يؤدى الى وجود طائفة من الناس عيالا على المجتمع . وقد رُئى أن الوسيلة لهذا المنع هى إجراء عمليات طبية للأشخاص المرضى الذين يرجح عليهم أن نسلهم يكون مصاباً بتلك الأمراض ، وهذه العمليات تؤدى الى تعقيمهم (٢) . وقد أصدر كثير من الحكومات الأمريكية والأوربية قوانين تيسح لإجراء هذه العمليات بشروط تختلف باختلاف هذه القوانين . (٣) فمنها ما يشترط رضا

---

(١) حكم محكمة الاسكندرية الأهلية الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ والسابق الاشارة اليه — تراجع أسباب الحكم .

ونذكر بهذه المناسبة أن المادة الخامسة من قانون الزواج الذى أصدرته الحكومة الامبراطورية الفارسية وعمل به ابتداء من ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٢٩ تنص على أن « كل غش يقع من أحد الطرفين قبل الزواج وما كان يحصل الزواج بدونه يعاقب عليه بالحبس من شهرين الى أربعة وعشرين شهراً » .

(٢) تراجع فى ذلك تقرير المسيو Victor Almquist بنمرة القومسيون الدولى لقانون الطوبىات مجلد ١ ص ٨٤ .

(٣) بدأت حركة اصدار هذه القوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية فأصدرت ثمان وعشرون ولاية من تلك الولايات قوانين خاصة بالتعقيم فى المدة ما بين سنة ١٩٠٧ وسنة ١٩٣١ . وقد أحصى عدد العمليات التى أجريت طبقاً لهذه القوانين فى جميع هذه الولايات حتى أول يناير

الشخص الذى تجرى له هذه العملية ، ومنها ما لا يشترط ذلك . ويرجع هذا الاختلاف الى أن هذا الاجراء وان كانت تدعو اليه المصلحة العامة إلا أن فيه إهداراً لمظهر هام من مظاهر آدمية الأشخاص موضوع البحث ، فمن هذه القوانين ما يعتبر المصلحة العامة أولى بالرعاية فلا يشترط الرضاء ، ومنها ما يحاول سياسة الأمرين معا بحيث لا يتعارضان فيشترط رضاء الشخص أو من له القيام عليه . والطريقة التى رسمتها تلك القوانين جميعا لتفادى هذا التناسل الضار لم تكن بمنع الزواج وإنما بالتعقيم مع بقاء حرية الزواج لهؤلاء الأشخاص . وقد روعى فى ذلك أن يكون تفادى الضرر بالقدر اللازم مع الإبقاء على الطريقة المشروعة لاشباع الحاجة الطبيعية فى الانسان هذا فضلا عن أن التناسل قد يحصل بغير طريق الزواج الشرعى وبذلك لا يكون منع التزوج كافيا لتفادى الضرر .

ولم يثر هذا الموضوع فى بلادنا — على ما نعلم — حتى الآن ، ولكن ماذا يكون الحكم لو ظهر من البحث العلمى والاحصائيات التى يقوم بها المختصون بذلك أن المصلحة العامة تدعو إلى اتخاذ إجراء من هذا القبيل لحماية المجتمع من طوائف مختلفة من ذوى العاهات ممن لا فائدة من وجودهم وهم مع ذلك عيال على غيرهم . هل مثل هذا التشريع يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية ؟ لم نثر على نص لفقهائى الشريعة الإسلامية فى هذا الموضوع بالذات ، ومن الطبيعى أن لا نجد مثل هذا النص ، فإن اكتشاف توارث

---

سنة ١٩٣٢ قبلت ١٢١٤٥ عملية منها ٥٦١٣ عملية أجريت لرجال و ٦٥٣٢ لساء . راجع فى ذلك نشرة الموسيئون المولى لقانون العقوبات مجلد ٣ ص ١٧ و ١٨ بالمادش . وقد أصدرت حكومة الباتارك قانونا من هذا القبيل فى أول يونيو سنة ١٩٢٩ ، المجموعة السالفة الذكر ج ١ ص ١٧٥ — ١٧٧ ؛ والحكومة الألمانية فى ١٤ يوليى سنة ١٩٣٣ ، المجموعة السالفة الذكر مجلد ٣ ص ٢٣٩ — ٢٤٦ وجريدة المحاكم المختلطة بالسدد رقم ١٦٦٨ بتاريخ ١٧ و ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٣ ص ٦ و ٧ ؛ وعدا ذلك يوجد مشروع قانون فى السويد ، المجموعة المذكورة مجلد ١ ص ٨٣ — ٨٥ ؛ والترويج ، المجموعة مجلد ٢ ص ١٨٨ — ١٩١ .

العاهات وطريقة التعقيم لم يظهر إلا منذ عهد قريب . ولكن بالرغم من عدم وجود نص فقهي في هذا الشأن فانا نرى أن قواعد الشريعة الاسلامية لا تمنع من اتخاذ الاجراء موضع بحثنا ، ولدينا في تأييد ما نذهب اليه وجهان : أحدهما من قواعد الشريعة العامة ، والثاني نصوص فقهية في مسائل قريبة مما نحن بصددده . فأما عن القواعد الشرعية العامة فقد رأينا عند بحثنا في مدى استعمال الحقوق أنه من القواعد الفقهية الأساسية أن الضرر الخاص يحتمل دفعا للضرر العام ، وعلى أساس هذه القاعدة قرر فقهاء الشريعة أن لولى الأمر حق تقيد المباحات العامة اذا وجد أن إطلاق استعمالها سيؤدى الى ضرر عام ، وأصبحت هذه القاعدة من الوجوه التي يتقيد بها الحق في الشريعة عموما . وفي الحالة التي يتناولها بحثنا الآن دفع الضرر العام المتوقع من تناسل أفراد معينين سبيله الحيلولة بين هؤلاء الأشخاص وبين ما من شأنه تناسلهم . ولما كان منع الزواج غير قاطع في تفادى هذا التناسل الضار كما تقدم يتعين اتباع الطريق المؤدى لذلك وهو تعقيم الشخص ، وما يصيبه من ضرر نتيجة ذلك يبرره ما يتدفع به من الضرر العام .

وأما الوجه الثاني لاستدلالنا فرجعه إلى ما نص عليه فقهاء الشريعة الاسلامية في العزل . والمقصود بالعزل هو تعمد إزال المادة المنوية خارج الرحم عند الجماع بقصد تلافي حصول الحمل . ويلاحظ أن الغرض المقصود من العزل والنتيجة التي يؤدى اليها يتفق والغرض المقصود من التعقيم ونتيجته . وحكم العزل عموما أنه جائز بشرط رضا الزوجة .<sup>(١)</sup> وقد جاء في فتح القدير وفي الفتاوى إن خاف من الولد السوء في الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان فليعتبر مثله من الاعذار مسقطاً لأذنها ،<sup>(٢)</sup> ونقله عنه

(١) زاد المباد ج ٢ من ٢٢٢ و ٢٢٣ .

(٢) فتح القدير ج ٢ من ٤٩٤ .



ابن عابدين في حاشيته على الدر .<sup>(١)</sup> ويدل هذا القول على أن الزوج أنه يعزل عن زوجته ولو بغير رضاها كلما خاف من الولد سوء . ونقول انه ليس أسوأ من الولد الذي يكون مصابا بعاقة في عقله أو في بدنه . وفضلا عن ذلك فقد نص صاحب كشف القناع على أن العزل واجب في دار الحرب لئلا يستعبد الولد<sup>(٢)</sup> . ويدل هذا على أن قهء الشريعة يوجبون العمل على منع الحمل والتاسل إذا كان يؤدي الى الضرر ، وبذلك يكون تعقيم من تنقل عاهته الى أولاده بالوراثه ان لم نقل بأنه واجب شرعا فهو على الأقل جائز . وبما يصلح للاستناد عليه فيما نقول به ما ذكره الامام الشافعي تعليلا لما قال به من أن الجذام والبرص عيان يميزان فسخ الزواج ، فان من أدلته على ذلك أن الولد الذي يأتي من مريض بأحد هذين الدامين « قلبا يسلم وان سلم أدرك نسله »<sup>(٣)</sup> . فيرى من ذلك أنه اعتبر احتمال إصابة الولد بمرض أياه أو ظهور هذا المرض في نسله عموماً مجزئاً لفسخ نكاح هذا المريض .

على أن تقييد حرية الزواج مراعاة للمصلحة العامة لم يظهر في مصر وان كان ضئيلاً ، فقد أوجبت وزارة الحفانية على محررى وثائق الزواج أنه عند ما يطلب منهم مباشرة عقد أن يحصلوا من راغبى الزواج على إقرار كتابى بخلوهما من الأمراض السرية<sup>(٤)</sup> ، وقد صدرت هذه التعليقات بناء على طلب مصلحة الصحة العمومية ، والغرض منها مكافحة الأمراض السرية والعمل على وقف انتشارها بين الناس<sup>(٥)</sup> .

(١) ج ٢ ص ٥٢٢ .

(٢) تراجع كشف القناع ج ٣ ص ٤ و ١١٢ . وفي هذا المعنى أيضاً شرح المنتهى على هامشه ج ٣ ص ١٦٥ .

(٣) الأم ج ٥ ص ٧٦ .

(٤) المنشور رقم ٦ للمعالم الفرعية في ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ .

(٥) تراجع كتاب مصلحة الصحة العمومية لوزارة الحفانية المؤرخ في ١٦ يناير سنة ١٩٢٩ والثبت بالمشور السابق الذكر .

والواقع هو ان هذا ليس قيداً لحرية الزواج بالمعنى الدقيق لأسباب متعددة منها أن الكذب في هذا الأقرار لا يترتب عليه أى نتيجة ، فضلاً عن أنه لم ينص على أن تقديم هذا الأقرار من الشروط النظامية لعقد الزواج ، وبذلك لا يكون الامتناع عن تقديمه سبباً صحيحاً للامتناع عن تحرير العقد .  
والذى يهمننا من ذلك هو أن هذا الاجراء الذى أوجبه وزارة الحفانية على محررى وثائق الزواج يبين اتجاهها خاصاً نحو تقييد حرية الزواج ، وأنه وان كان ضئيل الأثر فقد يتطور الى ما هو أكبر أثراً وأكثر نفعا في تقييد حرية الزواج بما يمنع الاضرار التى قد تنجم عنه في بعض الأحوال .

\*\*\*

#### ب - اذا وقع تقصير في استعمال حق الزوج ترتب عليه ضرر

طبقاً للمذهب أى حنفية للمرأة الحرة البالغة العاقل أن تزوج نفسها بمن ترغب بلا ولى بكرأ كانت أو ثنياً لأن هذا تصرف في خالص حقها . (١)  
إلا أن حق المرأة هذا ليس مطلقاً ، وإنما قيده الشريعة بما تنقيد به الحقوق عموماً . فهو يتقيد أولاً بما يتقيد به حق الرجل كما تقدم لأن الحكمة واحدة على مامر بنا . ولكن هناك قيداً آخر يرجع الى أن زواج المرأة قد يكون مسبباً لضرر يلحق بأسرتها اذا ما تزوجت بشخص غير كفء لها بحيث يعير ذووها بمصاهرته . فالضرر هنا لا ينتج عن الزوج في ذاته بل عن سوء الاختيار بما يعد تقصيراً في استعمال حق الزوج . ومن أجل ذلك قيد فقهاء الحنفية حق المرأة في تزويج نفسها بقيد لم يقيد به حق الرجل في الزوج ، وهو أن يكون الزوج الذى تختاره كفئاً لها . والحكمة من هذا القيد هى منع الضرر الذى

(١) البحر ج ٣ ص ١١٧؛ الشيخ أحمد ابراهيم بك بد ١٤٨ — وإنما يستحب لها أن تنكح تزويجها لولها . وسرى فيما بعد أن المذاهب الأخرى تشترط أن يكون الزوج من الولي .

يصيب المرأة وأولياها من ارتباطهم مع من هو دونهم برباط المصاهرة ،  
وفضلا عن ذلك اذا تحقق شرط الكفاة تحققت المقاصد المرجوة من  
الزواج لأن النكاح يعقد للعمر ويشتمل على أغراض ومقاصد من الصحة  
والآلفة والعشرة وتأسيس القرابات وذلك لا يتم الا بين الا كفاء (١) .  
ويرى من ذلك أن تقييد حق المرأة في الزواج بهذا القيد لم يشرع لحماية  
الأولياء فقط بمنع الضرر عنهم وإنما شرع أيضاً لمصلحة المرأة نفسها ، وقد  
أشارت لذلك محكمة الجالية الشرعية بحكمها الصادر في ١٣ ربيع الآخر سنة  
١٣٤٩ (٦ سبتمبر سنة ١٩٣٠) بقولها : ان مارآه الفقهاء لا يصطلم بحال مع  
حق الزوجة في اختيار زوجها لأنه لا يملك أحد الاعتراض عليها متى وقعت  
في اختيارها ، وانهم ما حدوا من سلطتها إلا حرصا على مستقبلها ورغبة في  
تدعيم حياتها الزوجية وإيجاد التناسب بينها وبين زوجها ، فاذا ما أباح الشارع  
الحكيم للعاصب أن يتقدم للقاضي معترضا على الزواج بغير الكفء وبأقل  
من مهر المثل حتى يتمه فانه لا يكون قد حاد عن الجادة أو رمى إلى فكرة  
استبدادية ، وإنما يكون قد نظر إلى المصلحة وعلم أن المرأة تستغنى وتذهب  
ضحية سذاجتها وتصدقها الوعود التي يتقدم بها الرجل حتى إذا ما خبرته  
وعرفت أمره ورجعت إلى الروابط العائلية وأدركت أنها لا تستطيع الانفكاك  
عنها ندمت على ما فعلت وحاولت الخلاص من هذا الزواج . (٢)

وعلى وفق ما تقدم يكون مناط الكفاة ألا يكون الزوج بحال يلحق  
بالزوجة أو أولياها عارا بسبب تزوجه بها ، ولا شك أن هذا يختلف باختلاف  
الناس زمانا ومكانا (٣) . غير أن فقهاء الشريعة نصوا على أن الكفاة تعتبر

(١) مراجع المبسوط ج ٥ ص ٢٣ و ٢٦ ؛ فتح القدير ج ٢ ص ٤١٨ ؛ وبدائع الصنائع  
ج ٢ ص ٢١٧ .

(٢) حكم محكمة الجالية الشرعية الصادر في ١٣ ربيع الآخر سنة ١٣٤٩ (٦ سبتمبر  
سنة ١٩٣٠) مجلة المحاماة الشرعية ص ٢ ص ٦٦٠ .

(٣) كتاب الشيخ أحمد إبراهيم بك بند ١٥٨ .

في النسب والاسلام بالنسبة للأباء والأجداد والحرية والمال والديانة والحرقة، ومع اختلافهم في تفصيلات ما يدخل تحت كل من هذه الاعتبارات من الفروض فإن أصل القاعدة متفق عليه، وهو اشتراط الكفاة فيما يضر الزوجة وأولياها فواته من الصفات في الزوج، وكل ما أثير من اختلاف بين الفقهاء في ذلك مرجعه الى اختلاف في التقدير<sup>(١)</sup>. والعمل جار في المحاكم الشرعية بمصر على اعتبار الكفاة في الأمور المتقدم ذكرها والتي نص عليها فقهاء المذهب الحنفي<sup>(٢)</sup>.

وإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فعلى ظاهر الرواية في المذهب ينعقد النكاح صحيحاً وتترتب أحكامه من إرث وطلاق إلى أن يفرق القاضي بينهما بناء على طلب الولي، والفرقة بذلك لا تكون طلاقاً وإنما تعتبر فسخاً، فإذا وقعت قبل الدخول فلا مهر للزوجة. وأما على الرواية المختارة للفتوى إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء لم ينعقد النكاح أصلاً<sup>(٣)</sup>. ويثبت حق طلب التفريق للولي العاصب ولو كان هذا الولي غير محرم كإبن العم<sup>(٤)</sup> ويسقط حق طلب التفريق برضاء الولي الأقرب بالزواج، فإذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة اعتبر رضاء أحدهم كرضاء الكل لأن الحق واحد وهو غير محتمل للتجزئة لأنه بسبب لا يحتملها وهو عدم الكفاة فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به. ويرى الامامان أبو يوسف وزفر أن رضاء

---

(١) يراجع تفصيل ذلك في البسوط ج ٥ ص ٣٣ وما بعدها؛ وفتح القدير ج ٢ ص ٤١٩ وما بعدها؛ ونبات الصنائع ج ٢ ص ٣١٨ وما بعدها.

(٢) كتاب الشيخ أحمد ابراهيم بك بند ١٥٨ — وراجع حكم محكمة الجالية الفرعية الصادر في ١٣ ربيع الآخر سنة ١٣٤٩ (٦ سبتمبر سنة ١٩٣٠) والسابق الإشارة اليه وقد اشترط الكفاة في الحرقة وفي المال من حيث القدرة على النفقة والتماقد على مهر المثل.

(٣) يراجع في ذلك البسوط ج ٥ ص ٢٦ و٢٥؛ والزيلعي ج ٢ ص ١٢٨؛ والبحر ج ٢ ص ١١٧ و١١٨؛ وفتح القدير ج ٢ ص ٤١٩.

(٤) البحر ج ٢ ص ١٣٨.

أحد الأولياء بالزواج لا يسقط حق باقي الأولياء الذين يساورونه في الدرجة لأنه حق الكل فلا يسقط إلا برضاء الكل. <sup>(١)</sup> وظاهر أن هذا الرأي الأخير هو الذى يتفق والحكمة التى دعت لاشتراط الكفافة وهى رفع الضرر عن الأولياء . وكذلك يسقط حق طلب الفسخ إذا ظهر أن الزوجة حبلية . والحكمة فى ذلك هى منع الضرر الذى يلحق بالولد من التفريق بين أبويه وهو أشد من الضرر الذى يلحق بالأولياء من بقاء الزواج ، فيمنع الضرر الأشد بتحمل الضرر الأخف . <sup>(٢)</sup> ويلاحظ أن هذا القول يوافق حكمة اشتراط الكفافة وهى دفع الضرر وتحقيق مصالح الزواج ، فإن فى الإبقاء على النكاح فى هذه الحالة دفعا لضرر يلحق بالولد هو أشد مما يلحق بالأولياء ، فضلا عما فى هذا الإبقاء من تحقيق الغرض المقصود من الزواج فى الأصل وهو المحافظة على الولد .

---

(١) للبوط ج ٥ ص ٢٦ ؛ وفتح القدير ج ٢ ص ٤١٩ .

(٢) البحر ج ٣ ص ١٣٩ ؛ وفتح القدير ج ٢ ص ٤١٩ — ويلاحظ أن القول بذلك يمتشى مع ظاهر المذهب ويعارض مع الرأي الذى يلقى به من أن تزوج المرأة بغير كفء باطل أصلا ولا تلحقه اجازة . يراجع فى ذلك كتاب الشيخ أحمد إبراهيم بك هامش رقم ٢ بند ١٤٨ ، وقد قال ان الأخذ بظاهر المذهب فى حالة الحبل هو المصواب وذلك للمصلحة الواجبة منه .

## الفصل الثاني

### في تعدد الزوجات

اتفق جمهور المسلمين على جواز نكاح أربع من النساء معا. <sup>(١)</sup> وأن هذا العدد هو منتهى العدد المشروع ، لأن في الزيادة على الأربع خوف الجور عليهن بالعجز عن القيام بمقوقهن لأن الظاهر أن الرجل لا يقدر على الوفاء بمقوقهن ، فإذا تحقق هذا المعنى في زواج أكثر من واحدة في حدود العدد المشروع فليقتصر الرجل على زوجة واحدة. <sup>(٢)</sup> وأساس ذلك في التشريع قوله تعالى في سورة النساء : « وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيما نكم ذلك أدنى ألا تعولوا ». <sup>(٣)</sup> ولما كانت هذه الآية هي الأساس التشريعي لحق الزوج بأكثر من واحدة تعين بسط تأويلها حتى تتبين حدود هذا الحق وما يتقيد به . وقد اختلف المفسرون في تأويل هذه الآية إلى عدة أقوال وهي : —

الأول — قال بعض المفسرين انها نزلت في أولياء اليتامى الذين يكون في ولايتهم نساء فيرغبون في زواجهن طمعا في مالهن عن غير رغبة في أشخاصهن وتكون نتيجة ذلك الاضرار بهؤلاء الزوجات واساءة صحبتهن أو تزواجهن باقل من صداق أمثالهن ، فهوا عن ذلك بالآية على أن يتزوجوا من غيرهن من الغرائب اللواتي أحلهن الله لهم من واحدة إلى أربع ، فان

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٥ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٦٦ .

(٣) سورة النساء الآية رقم ٣ .

خاف الرجل أن يحور إذا نكح من الغرائب أكثر من واحدة ولا يعدل. فليقتصر على واحدة<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا التفسير تكون الآية مسوقة في الأصل للوصية بحفظ حق يتامى النساء في أموالهن وأنفسهن، وتكون كلمة يتامى في الآية مقصوداً بها النساء يتامى، وكلمة النساء فيها أيضاً مقصود بها النساء غير يتامى<sup>(٢)</sup>.

الثاني — وقال آخرون بل معنى الآية النهى عن نكاح ما فوق الأربع حذراً على أموال يتامى أن يتلفها أولياؤهم، وذلك أن قريشاً كان الرجل منهم يتزوج العشر من النساء والأكثر والأقل فإذا صار معدماً مال على مال يتيمة الذي في حجره فأفققه أو تزوج به لماله، فنهوا عن ذلك وقيل لهم أن أتم ختمتم على أموال أيتامكم أن تنفقوها فلا تعدلوا فيها من أجل حاجتكم إليها لما يلزمكم من مؤن نسائكم فلا تجاوزوا فيها تنكحون من عدد النساء أربعاً، وإن ختمتم أيضاً من الأربع ألا تعدلوا في أموالهم فاقصروا على الواحدة<sup>(٣)</sup>. وعلى هذا التأويل تكون الآية مسوقة في الأصل للوصية بحفظ حق يتامى عموماً ذكوراً وإناثاً.

الثالث — وقال آخرون بل معنى الآية أن القوم كانوا يتحوبون في أموال يتامى ألا يعدلوا فيها ولا يتحوبون في النساء ألا يعدلوا فيهن، فقيل لهم كما ختمتم أن لا تعدلوا في يتامى فكذلك خافوا في النساء أن لا تعدلوا

(١) وهذا التفسير قول السيدة عائشة رضي الله عنها، ورجحه الرازي الجصاص، والأوسى، وأخذ به الأستاذ الإمام الشيخ محمد عبده في دروسه. يراجع في ذلك الطبري ج ٤ ص ١٤٣ و ١٤٤؛ والكشاف ج ١ ص ٣٤٦؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٥١٠ و ٥١١؛ والأوسى ج ٤ ص ١٦٨ و ١٧٣ و ١٧٤؛ ونيل المرام ص ١٠٠؛ وتفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٥.

(٢) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٥.

(٣) يراجع في ذلك الطبري ج ٤ ص ١٤٤؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٥٠ — ويقول الشيخ رشيد رضا إن هذا أضف الوجوه في تأويل الآية. تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٧.

فحين ، ولا تنكحوا منهن إلا من واحدة إلى أربع ولا تزيدوا على ذلك ، وإن خفتم أن لا تعدلوا أيضا في الزيادة على الواحدة فلا تنكحوا إلا واحدة <sup>(١)</sup> . وعلى هذا الوجه من التفسير يكون الكلام في العدل في النساء وتقليل العدد الذى ينكح منهن مع الثقة بالعدل مقصوداً لذاته <sup>(٢)</sup> .

الرابع — وقال آخرون ان معنى الآية كما خفتم في التامى وتحرّجتم في ولايتهم من أكل أموالهم فكذلك تخوفوا في النساء أن تزنا بهن ، ولكن انكحوا ما طاب لكم منهن مثنى وثلاث ورباع ، فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة <sup>(٣)</sup> . وعلى هذا التأويل يكون الكلام في العدل في النساء وتقليل العدد الذى ينكح منهن مع الثقة بالعدل مقصوداً لذاته كما في التأويل السابق .

الخامس — وقال آخرون انها نزلت في الرجل تكون له اليتيمة وهو وليها ووارثها ولها مال وليس لها أحد يخاصم دونها فلا ينكحها لما لها ( وبعبارة أخرى يعضلها ) فيضربها ويسمى صحبتها ، قهى عن نكاحها وأبيح له نكاح غيرها بمن يحل له مثنى وثلاث ورباع ، فان خاف ألا يعدل فواحدة <sup>(٤)</sup> .

السادس — وقيل أنه يجوز أن يكون المراد بالآية مجموع تلك المعانى . من قبيل استعمال اللفظ المشترك في كل ما يحتمله الكلام من معانيه واستعمال الملفظ في حقيقته ومجازه معا . وعلى هذا تكون الآية مرشدة إلى إبطال كل

(١) يراجع الطبرى ج ٤ ص ١٤٥ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٥٠ ؛ ونيل الرام ص ١٠٠ ؛ والكشاف ج ١ ص ٣٤٦ ؛ والألوسى ج ٤ ص ١٧٣ — وقد رجح الطبرى هذا القول ، للرجح السابق ص ١٤٦ و ١٤٧ . وكذلك ترجمه الزمخشرى في الكشاف للرجح السابق .

(٢) تفسير النار ج ٤ ص ٣٤٧ — ويقول مؤلفه ان هذا هو الذى يليق بالسؤال في ذاتها لأنها من أم المسائل الاجتماعية ويناسب أن تكون في أوائل السورة التى سميت سورة النساء ، للنار للرجح السابق .

(٣) الطبرى ج ٤ ص ١٤٦ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٥٠ ؛ والكشاف ج ١ ص ٣٤٦ ؛ والألوسى ج ٤ ص ١٧٣ .

(٤) الطبرى ج ٤ ص ١٤٦ ؛ والألوسى ج ٤ ص ١٧٣ .



تلك الضلالت والمظالم التي كانت عليها الجاهلية في أمر اليتامى وأمر النساء من التزوج باليتامى بدون مهر المثل والتزوج بن طمعا في أموالهن يأكلها الرجل بغير حق ومن عضلن ليقى الولي متمتعا بماهن لا ينازعه فيه الزوج ومن ظلم النساء يتزوج الكثيرات منهن مع عدم العدل بينهن<sup>(١)</sup>.

ويستخلص من تأويل الآية على الوجه المتقدمة أصلا نهما :

الأول — أن التزوج بأكثر من واحدة إلى أربع مباح ابتداء<sup>(٢)</sup>، وإن ماورد بالآية عن اليتامى مقصود به الوعظ وليس سببا في تشريع حق التزوج بأربع فهذا الحق موجود في الأصل.

الثاني — إذا خاف الرجل الجور وعدم العدل بين نسائه إذا تزوج بأكثر من واحدة يحرم عليه التزوج بأكثر من واحدة.

وعلى ذلك يكون الأصل الثاني قيدا للأصل الأول، وهذا القيد مقصود به منع الضرر الذي ينشأ عن استعمال الحق الأصلي في التزوج بأكثر من امرأة واحدة. ويتبين ذلك من قوله تعالى في الآية «ذلك أدنى ألا تعولوا» أي أقرب من عدم الجور والظلم<sup>(٣)</sup>. فحق التزوج بأكثر من واحدة يتقيد بعدم الضرر المتوقع من خوف عدم العدل بين الزوجات، وهذا يطابق أحد

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٧ و ٣٤٨ ؛ ويراجع أيضاً أحكام القرآن للجصاص

ج ٢ ص ٥١ .

(٢) في هذا المعنى مقال الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك بمجلة كلية الحقوق ص ٢ عند ص ١٧ ؛ والشيخين محمد عبد العزيز الحنولي ومحمد أحمد الصدي بمجلة القضاء الشرعي ص ٣٩٩ ؛ والشيخ رشيد رضا في رسالته المسماة « نداء للجنس العليل » ص ٤٨ .

(٣) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٨ نقلا عن دروس المرحوم الأستاذ الامام الشيخ محمد عبده، وقد قال رحمه الله في قوله تعالى « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » (سورة النساء آية رقم ١٢٩) انه محمول على القول في ميل القلب ولولا ذلك لكان مجموع الآيتين منتجا عدم جواز التعدد بوجه ما ولما كان يظهر وجه قوله تعالى به ما تقدم من الآية « فلا تميلوا كل الميل فتفرهوا كالمعلقة » والله ينظر للمبد ما لا يدخل تحت طاقته من ميل قلبه — المنار المرحوم السابق .

الوجوه التي تنقيد بها الحقوق في الشريعة الإسلامية عموماً وهو عدم استعمالها إذا كان هذا الاستعمال يؤدي إلى أحداث ضرر بالغير كما تقدم . وبذلك يتبين أن ما قاله المرحوم الأستاذ الامام الشيخ محمد عبده من أن الشارع جعل البعد من الجور سبباً في التشريع في هذا الموضوع <sup>(١)</sup> لا يتمشى مع الأصل الذي أخذ به الأستاذ رحمه الله ؛ ذلك أن تأويل آية التعدد طبقاً للوجوه المتقدم ذكرها - وقد أخذ الأستاذ بأحدها - يؤدي إلى اعتبار التعدد مباحاً في الأصل ، ويكون البعد من الجور قيداً لهذا الحق الأصل ، والقيد لا يكون سبباً في تشريع الحق الذي يتقيد به .

هذا وقد قالوا إن الحرمة الناتجة عن خوف عدم العدل في حالة الزوج بأكثر من واحدة لا يترتب عليها بطلان عقد زواج من زدن على الواحدة ، لأن الحرمة عارضة لا تقتضي بطلان العقد ، فقد يخاف الظلم ولا يظلم وقد يظلم ثم يتوب فيعدل فيعيش عيشة حلالاً . <sup>(٢)</sup> وعلى ذلك يكون الجزاء في هذه الحالة مقصوراً على الحرمة ديانة . ويرى البعض أن العقد يفسد في هذه الحالة على أصل مذهبي الامامين مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه وسيجيء بيان ذلك . <sup>(٣)</sup>

\*\*\*

وقد كان من نتيجة تأويل آية التعدد على الوجوه المتقدم ذكرها ، والذي أدى إلى اعتبار الزوج بأكثر من واحدة حقاً ، أن أسرف الناس في استعمال هذا الحق وأسأموا فيه باغفالهم مراعاة القيد الذي يتقيد به على ما مرّ بنا ،

(١) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٤٨ .

(٢) تفسير المنار ج ٤ ص ٣٥٠ نقلاً عن دروس المرحوم الشيخ محمد عبده .

(٣) يراجع مقال الشيخين محمد عبد العزيز الخولي ومحمد أحمد المدوي بمجلة القضاء الفرعي

س ٤ ص ٢٩٩ .

وتج من الاساءة فى استعمال هذا الحق مفاسد جمة (١) دعت المشرع الى التفكير فى تقييد هذا الحق تشريعيا بما يحقق مراعاة القيد الذى يتقيد به والذى سبق بيانه ، فوضعت وزارة الحقانية فى سنة ١٩٢٨ مشروعا لتعديل بعض أحكام الأحوال الشخصية اشتمل على تقييد استعمال حق التزوج بأكثر من واحدة . (٢) وقد تضمنت ذلك الثلاث المواد الأولى من المشروع ونصها :

المادة الأولى — لا يجوز لمتزوج أن يعقد زواجه بأخرى ولا لأحد أن يتولى عقد هذا الزواج أو يسجله الا بإذن من القاضى الشرعى الذى فى دائرة اختصاصه مكان الزوج .

المادة الثانية — لا يأذن القاضى بزواج متزوج إلا بعد التحرى وظهور القدرة على القيام بحسن المعاشرة والاتفاق على أكثر من فى عصمته ومن تجب نفقتهم عليه من أصوله وفروعه .

المادة الثالثة — لاتسمع عند الإنكار أمام القضاء دعوى زوجية حدثت بعد العمل بهذا القانون إلا إذا كانت ثابتة بورقة رسمية .

وكان المشروع يتضمن مادة أخرى فى هذا الباب حذفت منه أخيراً وكان نصها « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو بغرامة لا تزيد على عشرة آلاف قرش أو بهما معا المتزوج الذى يخالف حكم المادة الأولى وكذلك من يتولى عقد هذا الزواج أو يسجله » .

ويتبين من ذلك أن المشرع يقر تعدد الزوجات باعتباره حقاً ، وان أراد تقييد استعماله بما يحقق القيد الذى يتقيد به هذا الحق طبقاً لما تقدم بيانه ، وقد

---

(١) أشار المرحوم الأستاذ الامام الشيخ محمد عبده الى أنواع من هذه المفاسد فى مقال له عنوانه « حكم الفرية فى تعدد الزوجات » نشر فى جريدة الوقائع المصرية فى ٨ ربيع الآخر سنة ١٢٩٨ هـ وهذا المقال مطبوع فى ج ٤ من تصدير المنار ص ٣٦٤ وما بعدها .

(٢) لم ينفذ المشروع فيما يتعلق بتقييد حق تعدد الزوجات .

أشارت الوزارة الى ذلك في مذكرتها الايضاحية للبشروع بقولها : « لم تقصد الوزارة فيما شرعته لذلك أن تغير مشروعا أو تمنع مباحا ، وإنما قصدت أن تمنع منكرا اتفقت جميع المذاهب على إنكاره وهو التزوج بأكثر من واحدة حين لا يكون للزوج قدرة على إحسان معاشرتهم والقيام بنفقتهم بما لديه من مال أو بما هو مهيا له من كسب حسب البيئة والوسط الذى يعيش فيه . وأما البيئة التى تكون فيها الزوجة عاملا من عوامل الاتساج ونمو الثروة بشخصها وبما تنسله من ذرية كما هو الشأن فى أهل القرى فلا يرد المنع فيها من حيث الكسب ما دام الزوج مستعدا له بمعونة الزوجة » .

والأصل الذى بنى عليه المشروع من حيث تقييد حق التزوج بأكثر من واحدة بالقدرة على الاتفاق هو ما نص عليه فقهاء الشريعة الاسلامية من « أن الزواج عند العجز عن النفقة محرم » (١) .

وظاهر من المذكرة الايضاحية لهذا المشروع أنه يقوم على اعتبارين :  
الاول - يرجع الى أصل مشروعية حق التعدد ونطاقه شرعا ، فقالت عنه « أباحت الشريعة الاسلامية التزوج بأكثر من واحدة لمصالح هامة وأغراض سامية لا لمجرد الهوى وإشباع الشهوة العمياء . وهى مع ذلك ما أباحت التعدد الا حيث لا يخشى منه الجور سواء كان ذلك الجور يظن وقوعه بالزوجات أم بغيرهن بدليل إطلاق القول فى قوله تعالى « فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة » (٢) .

الثانى - يرجع الى إساءة الناس لهذا الحق بأن استرسلوا فى تعدد

(١) وقد أشير فى المذكرة الخاصة بذلك الى المراجع الآتية : منع الجليل ج ٢ ص ٢ ؛ وكشاف الفتاوى ج ٣ ص ٣ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٤٠٣ ؛ وفتح القدير ج ٢ ص ٣٤٢ ؛ وشرح المنهاج ج ٥ ص ١٤٢ ، وحاشية الشبراوى عليه .

(٢) يلاحظ أن تفسير العدل هنا يخالف ما نص عليه المفسرون مما سبق ذكره فقد قالوا ان المقصود به العدل بين الزوجات .

الزوجات مع عدم القدرة على إقامة حدود الله ، وقد أدى لإطلاق تعدد الزوجات الى كثير من المفااسد التي تحمل الحكومة أعباء ثقيلة بكثرة المتشردين ومن لا عائل لهم وبخصومات الزوجية وقطع أو اصر القرابة والرحم <sup>(١)</sup> .  
ولقد أثار هذا المشروع خلافا بين علماء الشريعة المعاصرين ، فنعهم من اعترض عليه <sup>(٢)</sup> ، ومنهم من أقر الوزارة على رأيها الذي ضمنته المشروع ووافقوا على تقييد تعدد الزوجات بالقيد الذي تضمنه <sup>(٣)</sup> .

وقد تناول رد المعارضين مهاجمة المشروع من أساسه بالقول بعدم جواز إصدار مثل هذا القانون لأنه بما لا يدخل في سلطة ولى الأمر طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وذلك رداً على الأصول التي استخلصتها لجنة الحقائق التي وضعت المشروع من أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية في ذلك ، والتي تتلخص في أن لولى الأمر إقامة قوانين الدين والملة على وجه يجب اتباعه ، وله اتخاذ ما يراه من الطرق لإقامة قوانين الدين وحفظ الملة وان لم يرد نص بالطرق التي يتخذها ، وذلك هو المسمى بالسياسة الشرعية ، وأنه اذا أمر بمباح لمصلحة عامة وجبت طاعته ظاهراً وباطناً ، وأن له حق التعزيز عن كل معصية لم يرد

---

(١) تراجع المذكرة الايضاحية للمشروع .

(٢) من هذا الفريق أصحاب الفضيلة الأستاذ الشيخ محمد نجيت الطيبي مفتي الديار المصرية سابقاً وقد كتب في ذلك رسالة سماها « رفع الأغلاق عن مشروع الزواج والطلاق » ؛ والمناخب محمود الدينارى ومحمد الثانى وحسين السيوى وقد طُبعوا مذكرة بالرد على المشروع ؛ والشيخان محمد أبو الفضل شيخ الجامع الأزهر سابقاً وعبد الرحمن قراعة مفتي الديار المصرية سابقاً وقد أرسلت الوزارة لهذا المشروع ليبدأ رأيها فيه فكتب في ذلك مذكرة أرسلها للوزارة ولم تطبع . وكلهم متفقون على رفض المشروع فيما يتعلق بتقيد تعدد الزوجات .

(٣) من هذا الفريق أصحاب الفضيلة الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك وكيل كلية الحقوق في مقال له نشر بمجلة كلية الحقوق س ٢ عدد ٤ س ٣ وما بعدها ؛ والشيخان محمد عبد العزيز الحولى ومحمد أحمد المدوى في مقال لهذا نشر بمجلة القضاء الفرعى س ٤ س ٣٢٧ و ٣٩٢ وما بعدها س ٥ س ٧ و ٧٤ و ١٣٠ وما بعدها ؛ والأستاذ الشيخ محمد مصطفى المراغى شيخ الجامع الأزهر في مذكرة له غير مطبوعة .

في العقوبة عليها حد يقدر بما يراه رادعا عن ارتكابها بغير الغرامة اتفاقا وبالغرامة المالية على رأى . وفضلا عن ذلك اعترضوا على مشروع تقييد تعدد الزوجات من حيث الموضوع بحسب أحكام الفقه على رأيهم .

فأما عن الموضوع الأول فلا تعرض له لأنه متعلق بسياسة التشريع ويخرج عن الموضوع الذى نبهته (١) .

وأما عن تقييد تعدد الزوجات فقد قالوا عنه « ان الامر بمجملته تأباه الشريعة الاسلامية وقواعدها أصولا وفروعا وتدفعه المصلحة العامة » (٢) ، وأنه « ليس من الحكمة ولا من المصلحة تقييد تعدد الزوجات ولا سبيل الى تبريره لا من الوجهة الشرعية ولا من الوجهة الاجتماعية » (٣) ، وأن الشريعة الاسلامية لم تقيد الزواج بواحدة ولا بأكثر من واحدة باذن قاض ولا باذن غيره ولا يجوز النهى عن سماع الدعاوى فيه ولا يوجد نصوص شرعية تدل على ذلك » (٤) .

وتلخص الوجوه التى استندوا عليها فيما يأتى :

١ — انعقد الاجماع على ان النكاح متى استوفى ركنه وشرطه صح وترتب عليه آثاره ، وأنه ليس من شرط النكاح ولا من ركنه عدم خوف العدل بين الزوجات ، وأنه اذا وقع مع خوف الجور كان صحيحاً تترتب عليه آثاره ، لأن النهى الضمنى عن التعدد عند خوف الجور والذى جاء فى قوله تعالى

---

(١) من أراد الاطلاع بتفصيل هذا البحث فليرجع الى مذكرة لجنة الحفاية المشتملة على آخذ النصوص التى بنى عليها المبرور ؛ ورفع الأغلاق ص ١٠ وما بعدها ؛ ومذكرة المشايخ الدينارى والعتاق والبيوى فى الرد على المبرور ص ٤ الى ١٣ ؛ ومذكرة صاحبى الفضيلة الشيخين محمد أبى الفضل وعبد الرحمن قراءة السالف ذكرها ؛ ومقال الشيخين محمد عبد العزيز الحولى ومحمد أحمد المدوى بمجلة القضاء المرقى ص ٤ من ٣٢٧ — ٣٣٧ .

(٢) مذكرة علماء الأزهر ص ١٣ .

(٣) مذكرة الشيخين أبى الفضل وقراءة .

(٤) رفع الأغلاق ص ٣٧ .

« فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة ، ليس راجعا لذات التعدد باتفاق العلماء ، وقد قال الأصوليون ان النهى عن الشيء لغيره لا يقتضى فساد المنهى عنه ، فالعقد على ما فوق الواحدة صحيح ترتب عليه آثاره . وإن مسألة القيام بحقوق الزوجات أمر يرجع إلى الشخص نفسه لا إلى القاضي والحاكم ، لأنه مرتبط بالمستقبل وهو غيب محض لا اطلاع لأحد عليه ، سواء كان العدل هو القسم بين الزوجات في المبيت أو هو التسوية في النفقة <sup>(١)</sup> .

٢ — أيسح تعدد الزوجات تكثيراً للفلس الذى تدعو إلى إكثاره سنة الاجتماع ، فان من المفروض على العالم الاسلامى أن يكونوا عوناً لإمامهم على حفظ بيضة الاسلام وصون بلاده من الاعتداء عليها ، وعلى المجلة جهاد كل من يعتدى على الاسلام وذويه ، ومن المعلوم أن الجهاد يذهب بكثير من النفوس المجاهدة ، فلا بد من تعويض ذلك حتى توجد القوة الكافية للدفاع عن البلاد الاسلامية فى كل وقت من الاوقات ، وفى الاستكثار من عدد الزوجات ضمان لهذا التعويض ، فضلاً عن أن سنة البقاء قاضية بكثرة الرجال العاملين ما بين زارع وصانع وتاجر وما إلى ذلك .

وقد شرع تعدد الزوجات أيضاً قضاء لشهوة الانسان التى قلبا يقدر على كبح جماحها لتلايقع فى خطر الزنا ، ومن الناس من لا تغف الزوجة الواحدة ، فأيسح له التزوج بأكثر من واحدة خوف الوقوع فى الزنا ، ومضار الزنا أشد من مضار تعدد الزوجات <sup>(٢)</sup> .

٣ — ان ما قاله واضعو المشروع من أن الزواج عند العجز عن النفقة محرم غير صحيح . وذكروا نصوصاً من بعض كتب الفقه للدلالة على أن

(١) مذكرة علماء الأزهر ص ١٤ و ١٥ ؛ ومذكرة الشيخين أبي الفضل وقراءة .

(٢) مذكرة علماء الأزهر ص ١٥ و ١٦ ؛ ومذكرة الشيخين أبي الفضل وقراءة ؛ ورفع الأغلاق ص ٢٩ .

للرجل أن يتزوج وإن كان فقيراً عاجزاً عن الاتفاق (١).

وأما مجنبو المشروع فقد ردوا على هذه الاعتراضات بما ملخصه :

١ - ليس صحيحاً ما ادعاه معارضو المشروع من أن الإجماع قد انعقد على أن عدم خوف الجور ليس شرطاً في صحة النكاح ؛ ذلك أن الأصل الذي نقلوه عن الأصوليين وهو أن النهي عن الشيء لغيره لا يقتضى فساد المنهى عنه لم يتفق عليه علماء الأصول ، وإن منهم من يرى أن النهي عن الشيء ولو لغيره يدل على فساد المنهى عنه كالنهي عن البيع عند النداء لصلاة الجمعة ، ومن قال بذلك الامامان مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه ، والتطبيق على هذا الأصل يقتضى بأن يكون عدم خوف الجور شرطاً في صحة العقد الثاني ، والعقد بدونه باطل محرم (٢).

(١) تراجع هذه الأقوال في مذكرة الشيخين أبي الفضل وقراءة ؛ ومذكرة علماء الأزهر ص ١٧ وما بعدها ؛ ورفح الأخلاق ص ٦٥ وما بعدها .

(٢) مقال الشيخين محمد عبد العزيز الحولى ومحمد أحمد العدوى بمجلة القضاء الشرعى ص ٢٩٣ و ٣٩٤ ؛ وراجع الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ج ٢ ص ٢٧٨ وقد أشارا إليه . على أنما تلاحظ أنه وإن كان الرأي الراجح هو أن النهي عن الشيء لا يقتضى فساد إذا كان من الهيئات الفرعية وكان النهي لسبب خارج عن المنهى عنه كالنهي عن البيع وقت النداء للجمعة بقوله تعالى : يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَادَى لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ « (سورة الجمعة آية رقم ٩) ، فإن النهي عن البيع هنا لم يكن لسبب متعلق بالبيع الذى هو هيئة شرعية ثم بمجرد توفر أركانها وإنما كان لسبب آخر وهو التفرغ لصلاة الجمعة وعدم الاشتغال بشئها . فقول أن كان الأمر كذلك فإن هذا الحكم لا ينطبق على حالة النهي عن التزوج بأكثر من واحدة إذا خيف الجور ، لأن النهي هنا لم يكن لسبب خارج عن الزواج وإنما كان لأن الزواج بأكثر من واحدة مع عدم العدل بين الزوجات يفتقر المقاصد المرجوة من النكاح وما فرض العدل بينهما إلا تحقيقاً لهذه المصالح ، والنكاح الذى يفتقر المقاصد المرجوة منه أو كثيراً منها لا يكون هو الزواج السكامل الذى يقصده الفرع ، وعلى ذلك يكون النهي عن الزواج هنا لسبب متعلق بنات الزواج ، والرأى المختار هو أن النهي عن الشيء لعينه يقتضى فساد منه بجهة المعنى بمعنى انتفاء أحكامه وثمراته المقصودة منه وخروجه عن كونه سبباً مقيداً لها . تراجع الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ج ٢ ص ٢٧٦ وما بعدها .



وأما القول بأن مسألة القيام بحقوق الزوجية أمر يرجع الى الشخص نفسه لا الى القاضي والحاكم لا ارتباطه بالمستقبل وهو غيب محض لا اطلاع لأحد عليه فردود بأن الرجل اذا أساء استعمال حقه فان لولى الأمر أن يحول بينه وبين حقه الذى استخدمه بطريق لا يتفق والمصلحة بما له من ولاية سد الذرائع اتقاء للضرر قبل وقوعه ، وعلى هذا الأساس شرع الحجر على السفه المبذر . وفضلا عن ذلك فان قولهم هذا مردود بأن الكفاة فى الزواج معتبرة وهى متعلقة بالمستقبل الذى هو غيب محض <sup>(١)</sup> .

٢ — لا يصح الاستدلال بقولهم ان من الناس من لا تكفيه الزوجة الواحدة فهو يطلب المزيد والا وقع فى الزنا؛ ذلك لأن هذا الاستدلال يدفعه ما قد يدعيه البعض من أنه لا يكتفى بأربع فكيف يكون الحال ؟ فالأولى أن يترك هذا النوع من الجدل ، وليتمحصر الكلام فى النظر الى ما هو الصالح والأصلح للناس فيما للاجتهاد مجال فيه ، ولا ينبغى للشريعة التى أسست على دعائم العقل ونيطت أحكامها بمصالح الناس أن يضيق صدرها عما تقضى به المصلحة المبنية على الواقع لا على الأهواء <sup>(٢)</sup> .

على أننا نعارض من يقول بأن تعدد الزوجات شرع لقضاء شهوة الإنسان ، ونقول ان مسألة الشهوة الجنسية لم يكن لها أى اعتبار فى إباحة التزوج بأكثر من واحدة ، وليس أدل على ذلك مما قاله الامام السرخسى بمناسبة الكلام على تعدد زوجات النبي عليه الصلاة والسلام فقد قال « لا يجوز أن يقال إنما فعل ذلك لأن نفسه كانت تواقه الى النساء فان هذا المعنى يرتفع بالمرأة الواحدة » الى أن قال « وليس المقصود بهذا العقد (أى عقد الزواج) قضاء

---

(١) تراجع مجلة القضاء المرمعى الرجح السابق ص ٣٩٤ و ٣٩٥ ؛ ومقال الشيخ أحمد ابراهيم بك السابق الاشارة اليه بمجلة كلية الحقوق ص ٢ عدد ٤ ص ١٧ و ١٨ .  
(٢) مقال الشيخ أحمد ابراهيم بك السابق الاشارة اليه ص ١٨ و ١٩ .

الشهوة إنما المقصود ما يئناه من أسباب المصلحة ، <sup>(١)</sup> . فضلاً عن ذلك فإن حكم الشريعة الإسلامية في الزاني غير المحصن الجلد وفي المحصن الرجم ، ومن شرائط الأحسان الزوج فلم يتم للمتزوج عذر وأقيم العذر لغير المتزوج فجعل حده الجلد لا الرجم <sup>(٢)</sup> . ولم يشترط للرجم أن يكون الزاني متزوجاً بأكثر من واحدة ، وهذا يدل على أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتجه نظرهم إلى أن زوجة واحدة قد لا تكفي بعض الناس وإلا لاشتروا الزوج بأربع لهذا الاحتمال ، خصوصاً إذا لوحظ ما يضعه الفقهاء من القيود الثقيلة لتوقيع حد الزنا .

وأما ما قيل من أن تعدد الزوجات شرع تكثيراً للنسل فصحيح ، إلا أن إباحة التعدد مع قيام هذا الداعي مقيدة بعدم الجور . وسيأتى ليضاح هذا القول .

٣ — أما النصوص التي أوردها معارضو تقييد التعدد من كتب الفقه فليس فيها نص واحد صريح في موضوع النزاع وهو جواز الزوج بامرأة ثانية مع العجز عن النفقة ، والظاهر أنها سبقت في كتب الفقه لبيان حكم الزواج المقابل للزوجة <sup>(٣)</sup> . ولقد أشرنا لهذه النصوص بعينها عند التكلم على صفة النكاح في أول الكلام عن حق الزوج .

ويقول مجتهد المشروع أن ما جعله هذا المشروع للقاضي من حق التقدير في أمر القدرة على الاتفاق ومظنة حسن المعاشرة ميسور للقضاء ؛ فإن القدرة على الاتفاق أمر مادي صرف يسهل على القاضي تقديره ، والقاضي يقدر الآن

(١) للبيوط ج ٤ ص ١٩٤ .

(٢) مذكرة الشيخ محمد مصطفى الراغب . ويراجع في شروط الأحسان بداية المجتهد ج ٢ ص ٣٧٤ .

(٣) مقال الشيخين محمد عبد العزيز الحول ومحمد أحمد المدوي بمجلة القضاء الشرعي السابق الإشارة إليه ص ٣٩٨٠ ؛ ومذكرة الشيخ محمد مصطفى الراغب .

النفقات بعد معرفة حال الأشخاص من يسر وعسر ويفرض على كل شخص ما يلائم حاله ، فليس بعسير عليه أن يعرف حال مريدى تعدد الزوجات بنفس الطرق التى يعرف بها حالهم فى تقدير النفقات . وأما الأمر الثانى فقد يظهر لأول وهلة صعوبة تدخل القاضى فى تقديره وتعذر الوسائل التى تمكنه من التقدير ، ولكننا اذا رجعنا الى قواعد الفقه وعلينا أن القاضى الى وقت قريب ما كان يقبل الشهادة للقضاء بها الا بعد أن يطمئن الى عدالة الشهود بتركية سرية وتركية علنية أمكن لنا أن ندخل القاضى فى تقدير أحوال الناس فى العدل والجور ، فهو يستطيع أن يبحث عن أخلاق الأشخاص فى معاملاتهم لأهلهم وإخوانهم وفى مقدار تمسكهم بدينهم واحترامهم له وللعادات الملائمة للدين ، فإن ظهر له من أحوالهم ما يجعلهم مظنة العدل والوفاء أباح لهم التعدد ، وإن ظهر له أنهم مظنة الجور والظلم منعه من التعدد . ومبنى الأحكام الفقهية أكثرها ظنون الفقهاء ، وظن المجتهد حكم يجب العمل به ، ومبنى الأحكام القضائية فى أكثرها ظنون القضاة (١) .

\*\*\*

والذى نراه هو أن كل هذا الخلاف مرجعه الى القول بأن تعدد الزوجات حق لكل مسلم ، وهو أمر اتفقوا عليه تبعاً لتفسير آية التعدد المتقدم ذكرها على الوجوه التى أشرنا إليها ، وقد ظهر الخلاف عند البحث فى تقييد هذا الحق فقط لا فى أساس وجوده كما مر بنا ، ولذلك كان اتجاه المشرع فى مشروع تقييد التعدد الى منعه عند عدم القدرة على الاتفاق ومظنة سوء المعاشرة ولم يتجه الى تعليقه على قيام مبرر يدعو اليه . والرأى الأصح هو أن يقال بأن التعدد ليس حقاً ابتداء وإنما هو حق معلق على قيام سبب يدعو اليه ، فإذا وجد هذا السبب أبيع التعدد بالقدر الذى يستدعيه الى الأربع ، وإذا لم يوجد سبب

(١) من مذكرة فضيلة الأستاذ محمد مصطفى المراغى .

يدعو للتعدد فلا يوجد هذا الحق ويكون الزوج بواحدة فقط . وهذا القول لا يتعارض مع الآية الكريمة « وان خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع... » بل انه نتيجة التفسير الصحيح لها على ما نرى وليبان ذلك نقول .

الجهاد فرض على كل مسلم ، وقد بدأ المسلمون أقلية مجاهدة فكان الجهاد يذهب بالكثير منهم فيقل الرجال عن النساء وتكثر الأراامل واليتامى ، ونتيجة ذلك أن تكثر النساء اللاتي لا عائل لهن واليتامى الذين هم في حاجة الى من يلى أمرهم ويحافظ على أموالهم . وترك كثير من النساء بغير عائل مسبب لمفاسد جمة ، كما أن القيام على اليتيم أساسه في الشريعة رعاية مصلحته لا مصلحة الولي أو القيم عليه وهذا الأخير مأمور بحكم الشرع بمراعاة ذلك ، ولكن طبيعة البشر في كل زمان ومكان نزاعة الى تجاوز الحدود المشروعة تواقه الى تدوق ما منعت عنه ، ومظهر ذلك تعدى كثير من الأولياء والقوام على أموال اليتامى الذين هم في كنفهم ، وفي ذلك مفسدة كبيرة أيضاً . ولقد رأى الشارع الحكيم أن منع المفاسد المترتبة على وجود نساء لا عائل لهن ويتامى يخشى على أموالهم من أولياتهم — رأى أن منع هذه المفاسد سبيله لإباحة الزوج بأكثر من واحدة الى أربع ، فيقل الأيامى من النساء عموماً ، ويؤدي تزوج الأولياء بمن في ولايتهم من النساء اليتامى الى أن يصبحوا أكثر خوفاً على أموالهن وأرغب في رعاية مصالحهن ، كما تكون النساء أكثر تسامحاً في أموالهن بالنسبة لأزواجهن ، بخلاف ما لو كانوا مجرد أولياء . وهذا المعنى هو ظاهر المقصود من آية التعدد ، ويزيده وضوحاً ما سبقها من الآيات ؛ فقد قال تعالى « يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيراً ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيماً . وآتوا اليتامى أموالهم ولا تبدلوا الخبيث بالطيب ولا

تأكلوا أموالهم إلا أموالكم انه كان حوياً كبيراً . وإن خفتم ألا تقسطوا في  
اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ألا  
تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا ، <sup>(١)</sup> .

فآية التعدد وردت في سياق الكلام على اليتامى بعد أن مهد الله للعناية  
بهم في الآية الأولى ، فقد كرر أننا من جنس واحد وأن هذا داع إلى الوحدة ،  
ثم ذكرنا بالأرحام وصلتها ، وكل ذلك ليفهمنا أن اليتامى من الأمة وأن ضعفهم  
وإذلالهم ضعف وإذلال للأمة ، فيجب أن يكبروا على عزة ، وأن تكون أموالهم  
محفوظة ليشعروا بأن موت آبائهم في الحرب والجهاد لم يكن سبباً في ضياعهم  
وإذلالهم <sup>(٢)</sup> . ويأتى بعد ذلك الأمر بعدم أكل أموال اليتامى ووجوب دفعها  
إليهم كما هي « وآتوا اليتامى أموالهم ... الخ » . وبعد ذلك مباشرة يقول تعالى  
« وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث  
 ورباع » ، وهذه الآية معطوفة على ما قبلها مباشرة ، فيجب أن يرتبط تفسيرها  
بها ، فيكون معنى الآية أن الله يقول إن خفتم أن تقصروا في شأن اليتامى  
وتأدية حقوقهم فتزوجوا منهم من واحدة إلى أربع ولا تتركوهم ، ويكون  
المراد بقوله « من النساء » يتامى النساء لأن اليتامى رجال ونساء <sup>(٣)</sup> . وما يؤيد  
أن المقصود بالنساء في آية التعدد يتامى النساء قوله تعالى في السورة نفسها  
« ويستفتونك في النساء قل الله يفتيكم فيهن وما يتلى عليكم في الكتاب في  
يتامى النساء اللاتي لا تؤتوهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكهن .. » <sup>(٤)</sup> ،  
فإن الذي يتلى علينا في الكتاب في يتامى النساء هو ما ذكر في آية التعدد  
المتقدمة ، وأما قوله « وترغبون أن تنكهن » فإن كان معناه وترغبون في

(١) سورة النساء الآيات رقم ١ و ٢ و ٣ .

(٢) رسالة الشيخ محمد أبي زيد في الزواج والطلاق المدق في القرآن ص ٢٣ .

(٣) يرجع في ذلك ما سبق من وجه تأويل الآية ، رسالة الشيخ أبي زيد ص ٢١ - ٢٤ .

(٤) سورة النساء الآية رقم ١٢٧ .

نكاحهن فيكون الله قد وافقهم على رغبتهم في هذا الزواج لأنها رغبة فيها مصلحة، وإن كان المعنى وترغبون عن نكاحهن فאלله يعاتبهم بذلك كأنه يقول لهم إن كنتم لا توتونهم حقوقهن ولا تزوجوهن فأين يذهبن<sup>(١)</sup>.

وتأويل آية التعدد على هذا الوجه يدل على أن الأصل في الشريعة الإسلامية هو الزواج بامرأة واحدة والاقتصار عليها، وأن التعدد لا يساح إلا للضرورة تدعوا إليه، فإذا وجدت هذه الضرورة أيسح التعدد بالقدر الذي ترتفع به بشرط ألا يزيد عدد الزوجات على أربع وهو نهاية العدد المشروع، وإلا فلا تعدد ويبقى الحق على أصله في الزواج بواحدة فقط. وتقدير الضرورة الميخة للتعدد مرجعه إلى جماعة الأمة ممثلة في السلطة التي تلي أمر التشريع مع مراعاة ظروف الزمان والمكان، ولا تنقيد الضرورة بوجه مخصوص، فإن الوجه الذي وردت فيه الآية ليس هو الوجه الوحيد، وإنما جاءت الآية بذلك لمناسبة الواقع وقت نزولها لا لتحديد الضرورة بهذا الوجه فقط<sup>(٢)</sup>. ومن أمثلة الضرورات التي تبيح التعدد زيادة النساء على الرجال زيادة ظاهرة في أما كن خاصة أو في أزمته معينة كما يحدث عقب الحروب، أو كون المرأة تعتبر في مكان معين من عوامل الإنتاج ونمو الثروة بشخصها وبما تنسله، وما إلى ذلك من أوجه الضرورة التي تقدر على أساس مصلحة الجماعة ولا تترك لرغبات الأفراد وشهواتهم.

وبما يؤيد تفسير آية التعدد بالكيفية المتقدمة، والتي تجعل التعدد استثناء لا يباح إلا للضرورة، أن الأصل في الفروج هو الحرمة، والاباحة بدليل، فإذا تعارض دليل الحل والحرمة تدافعا يجب العمل بالأصل<sup>(٣)</sup>. ويقتضى ذلك تفسير النص الذي يحل الزواج بأكثر من واحدة تفسيراً ضيقاً. وفضلاً

(١) رسالة الشيخ محمد أبي زيد من ٢٤ و ٢٥.

(٢) تراجع رسالة محمد أبي زيد من ٢٦.

(٣) بدائع الصنائع ج ٢ من ٢٦٤.

عن ذلك فإن تعدد الزوجات مؤد إلى مفاسد في الأسرة لا يمكن إنكارها ولم ينكرها أحد، فلا يجوز إباحته إلا إذا كانت هذه الإباحة لدفع ضرر أشد، وذلك من قبيل تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد، فلا يباح التعدد إذا لم يكن لدفع ضرر أشد مما ينجم عنه من مضار، وإلا صار ألعبوبة في أيدي الأفراد يعيشون به حسب أهوائهم. وآية ذلك ما شوهد من مظاهر الاساءة في التزوج بأكثر من واحدة، مما دعا المشرع والمصلحين من العلماء إلى السعي في تقييده على ما تقدم.

والقول بأن حق التزوج مقصور على واحدة ولا يباح التعدد إلا استثناء لضرورة ليس غريبا عن تفكير بعض المفسرين الذين يرون أن التعدد حق، فقد اتخذ له سبيلا في أقوالهم. ومن ذلك ما قاله الأستاذ الشيخ رشيد رضا في تلخيص القول في تعدد الزوجات — وهو من يرون أن التعدد حق على ما مربنا — فقد قال مانعه «وجمله القول أن التعدد خلاف الأصل وخلاف الكمال وينافي سكون النفس والمودة والرحمة التي هي أركان الحياة الزوجية لا فرق بين زواج من لم يقهما وبين ازدواج العجماءات ونزوان بعضها على بعض. فلا ينبغي للبسلم أن يقدم على ذلك إلا لضرورة مع الثقة بما اشترط الله سبحانه فيه من العدل ومرتبة العدل دون مرتبة سكون النفس والمودة والرحمة وليس وراه إلا ظلم المرء لنفسه وامرأته وولده وأمه والله لا يحب الظالمين» (١).

ولو أن تأويل الآية على هذا الوجه الأخير رجح لما تهيأت الفرصة للأفراد للاسائة في حق التزوج كما تقدم القول، ولكن المشرع نفسه مؤونة البحث وراء أسانيد من كتب الفقه تبرر تدخله في تقييد التعدد، مما اضطر واضعي مشروع تقييد تعدد الزوجات إلى الاستناد على نصوص ذكرها فقهاء

الشريعة الإسلامية عند التكلم في حق الزوج عموماً وليس في تعدد الزوجات . ولو كان الأساس الذي بنى عليه مشروع تقييد تعدد الزوجات هو أن الأصل الاقتصار على زوجة واحدة ، وأن التعدد استثناء . يباح للضرورة ، لتغير الموقف . لأن تقدير الضرورة المبيحة للاستثناء من اختصاص سلطة التشريع كما تقدم . ورب معترض يقول أن الصحابة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وبعد موته كانوا يتزوجون بأكثر من امرأة واحدة معاً ، وكذلك كان يفعل المسلمون بعدهم ، ولم ينازع أحد في أن تعدد الزوجات حق وليس استثناء . ونقول أن الاستدلال بعمل الصحابة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم لا ينقض ما نقول به من أن حق الزوج مقصور على واحدة في الأصل ، وأن التعدد استثناء ؛ وذلك لأن حكمة هذا الاستثناء كانت قائمة في عصرهم ، ومن أجلها نزلت الآية الشريفة ، وكتب التاريخ تفيض بذكر غزوات المسلمين في أول عهد الإسلام وما ذهب فيها من رجال خلفوا وراءهم أرامل وأيتاما . وأما ما جرى عليه المسلمون بعد ذلك فرجعه إلى ما فهمه الفقهاء من الآية الكريمة من وجوه التأويل التي أشرنا إليها في أول البحث . وقد آن لنا أن نعمل بالتأويل الذي يحقق المصالح ويدرك المفاسد على ما مر .

على أن تحقق الحكمة الداعية لتعدد الزوجات ليس هو المسوغ الوحيد لباحة التعدد ، فإن هذا الحق إذا قام سببه تقييد بقيدين أحدهما يرجع لقوله تعالى في نفس آية التعدد ، فإن ختم ألا تعدلوا فواحدة ، ومعنى ذلك أن تعدد الزوجات يكون عند الضرورة التي تجعل تعددهن أقل ضرراً من تركهن ، بشرط أن يضمن العدل بينهما ، أما إذا لم يضمن العدل بأن خفنا الميل فيكون ترك التعدد أقل ضرراً من التعدد لأن الميل مفسد لنظام الأسرة ولذا قال تعالى بعد ذلك مباشرة : ذلك أدنى ألا تعولوا ، أي أن الاقتصار على واحدة أقرب إلى السلامة من خطر الميل والجور الذي ينتج الفساد



والخراب<sup>(١)</sup>. وظاهر أن هذا تطبيق لأحد الوجوه التي تنقيد بها الحقوق في الشريعة الإسلامية عموماً وهو عدم ترتب ضرر على استعمالها .  
وأما القيد الثاني فيرجع إلى الوجه الآخر الذي تنقيد به الحقوق في الشريعة الإسلامية ، وهو وجوب موافقة قصد صاحب الحق من استعماله للحكمة التي من أجلها شرع هذا الحق . فيجب أن يكون الزوج بأكثر من واحدة غير متعارض مع الحكمة التي دعت إلى إباحة تعدد الزوجات .  
ومن ذلك يتبين أن حق الزوج بأكثر من واحدة يتقيد هو أيضاً بما تنقيد به الحقوق في الشريعة الإسلامية على ما تقدم . وأما مراعاة هذين القيدين اللذين يتقيد بهما حق الزوج بأكثر من واحدة فيجب أن لا يترك للأفراد ، وإلا أغفلوه ، وإنما يجب أن يجعل تحت رقابة القضاء كما جاء في مشروع تنقيد تعدد الزوجات السابق الكلام عنه ، بحيث يكون للقاضي أن يقدر كل حالة بالنسبة للشخص طالب الزوج بأكثر من واحدة ، فيأذن عند مظنة مراعاة القيدين السابقين ، ويرفض الأذن في غير ذلك .

---

(١) رسالة الشيخ محمد أبي زيد ص ٢٥ — وأما قوله تعالى « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » فنقصود به العدل في ميل القلب كما تقدم .

## الفصل الثالث

### في حق التزويج

الأصل في الشريعة الإسلامية هو أن رضا كل من الرجل والمرأة معتبر في الزواج، فلا ينعقد النكاح إلا برضاء الزوجين، ولو كان العاقد غيرهما<sup>(١)</sup>. إلا أنه استثناء من هذا الأصل قرر فقهاء الشريعة أن لبعض الأشخاص ولاية تزويج غيرهم من غير اعتبار لارادة هذا الغير، وهو ما يعبرون عنه بحق الجبر، على خلاف بين المذاهب فيمن له هذا الحق وفي مواجهة من يملكه. ولهذه الولاية المفروضة مظهران: أحدهما إيجابي، وهو حق الجبر الذي أشرنا إليه، والمظهر الآخر سلبي، وهو امتناع الولي عن تزويج من في ولايته بغير مسوغ، وهو ما يعبرون عنه بعضل الولي. ولنتكلم عن كل من هذين المظهرين.

#### ١ - هو الجبر

أساس هذا الحق متفق عليه بين فقهاء المذاهب الأربعة، إلا أنهم اختلفوا فيمن يجوز إجباره، ومن له ولاية الاجبار. فأما من يجوز إجباره فقد اختلفوا على جواز إجبار الصغير وكذلك الصغيرة البكر ومن يلحق بهما من الكبار غير المكلفين<sup>(٢)</sup>. وأما البكر البالغة فيرى الأئمة مالك والشافعي وأحمد جواز

---

(١) كما لو كان ولي المرأة على قول الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد، اذ يرون أن المرأة لا تلي عقد النكاح بل لا بد من أن يقده عنها ولي. يراجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٧ وما بعدها؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ٢٦ وما بعدها.

(٢) في ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٣ (٣ جادى الأولى سنة ١٣٤٢) صدر القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ بإضافة بقرة على المادة ١٠١ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المعدلة بالقانون

إجبارها ، ويرى الامام أبو حنيفة أنه ليس لأحد ولاية إجبارها، وواقفه مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه ، وكذلك فيمن رشدت<sup>(١)</sup> . وأما

رقم ٣١ لسنة ١٩١٠ نصها « ولا تسع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة وسن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة وقت العقد الا بأمر منا » ، وإضافة فقرة ثانية على المادة ٣٦٦ من اللائحة ونصها « ولا يجوز مباشرة عقد الزواج والمصادقة على زواج مستند الى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثمانى عشرة سنة وقت العقد » .

وهذا القانون يمنع المحاكم من صياح دعوى الزوجية الا اذا استوفت الشروط المذكورة فيه من حيث السن ، كما يمنع مباشرة عقد الزواج والمصادقة عليه كذلك . الا أنه لم يمنع الأولياء من تزويج من في ولايتهم من الصغار ، فتزويج الصغار جائز وتترتب عليه أحكامه ، ولكن لو رفع أمر هذا الزواج الى القضاء فانه يرفض سماعه الا بأمر من ولى الأمر . وكذلك الحال في كتابة العقد في دفاتر المحاكم الفرعية — راجع كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك ص ٦٨ و ٦٩ بالهامش . هذا ما كان عليه العمل حتى سنة ١٩٣١ ، وفي هذه السنة صدر المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة جديدة بترتيب المحاكم الفرعية حلت محل اللائحة القديمة ، وقد نص في المادة ٩٩ فقرة (٥) من اللائحة الجديدة على أنه « لا تسع دعوى الزوجية اذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة إلا بأمر منا » . ونص في المادة ٣٦٧ فقرة (٢) على أنه « لا يجوز مباشرة عقد الزواج ولا المصادقة على زواج مستند الى ما قبل العمل بهذا القانون ما لم تكن سن الزوجة ست عشرة سنة وسن الزوج ثمانى عشرة سنة وقت العقد » . وظاهر من ذلك أن المنع من صياح دعوى الزوجية يقتصر على حالة واحدة ، وهى ما اذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة ، وكانت قبل ذلك لا تسع اذا كانت سن الزوجين أو سن أحدهما وقت العقد أقل من السن المحددة بغض النظر عن سنهما وقت رفع الدعوى . والمسككة في هذا التعديل كما قالت المذكرة الايضاحية هي ما رأت من التعبير على الناس وصيانة الحقوق واحترام اثار الزوجية . وفي هذا يدل على أن تزويج الصغار لا يزال جائزاً في اعتبار المشرع .

الا أنه يلاحظ أن النصوص العام والمادات الحديثة تنفر من التزويج في هذه السن المبكرة ، ويكاد يكون المرف قد استمر على أن لا يحصل الزواج الا بعد السن المحددة في القانون . ومن أجل ذلك رأينا الاختصار على ذكر القواعد العامة في حق التزويج ، وتركنا التفصيلات لعدم الحاجة اليها .

(١) أي من رشدها أوها بقوله لها بعفرة عدلين رشدتك ورفضت الحبر عنك أو أنت مرشدة أو أطلقت يدك في الصرف أو نحو ذلك بعد ثبوت رشدها عنده بالتجربة المتكررة وهى بالغة — منح الجليل ج ٢ ص ١٥ .

الثيب البالغة فقد اتفقوا على عدم جواز إجبارها ، وفي الثيب غير البالغة خلاف ، فأبو حنيفة ومالك وأحمد يقولون بجواز إجبارها ، والشافعي يرى أنها لاتزوج إلا برضاها ، ولما كان رضاها لا يعتبر مادامت غير بالغة فلا تزوج حتى تبلغ <sup>(١)</sup> .

وأما من له ولاية التزويج ففيه خلاف أيضاً . فعلى مذهب أبي حنيفة تثبت ولاية التزويج للعصبات النسبية ثم للعصبات السببية ثم لذوى السهام وأولى الأرحام ثم لمولى الموالاة ثم للسلطان والقاضى الذى كتب له ذلك فى منشوره ؛ وفى رواية أخرى عن أبي حنيفة وقد أخذ بها الامامان محمد وأبو يوسف على المشهور تقتصر الولاية على العصبات وبعدم السلطان والقاضى . وأما الامام الشافعي فيرى أن الولاية للأب وبعده للجد . والامامان مالك وأحمد يقصران الولاية على الأب فقط <sup>(٢)</sup> .

(١) يراجع فيما تقدم وفى الأساس الفقهي للخلاف : بداية المحدث ج ٢ ص ٢ وما بعدها ؛ والزيلي ج ٢ ص ١١٨ وما بعدها ؛ والبحر ج ٣ ص ١١٨ وما بعدها ؛ وفتح القدير ج ٢ ص ٣٩٥ وما بعدها ؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ١٤ وما بعدها ؛ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ١٧٤ وما بعدها ؛ ورحمة الأمة ج ٢ ص ٦٨ ؛ وزاد المعاد ج ٢ ص ٢٠٨ و ٢٠٩ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ٢٣ وما بعدها .

وليس حق الجبر مسلماً على إطلاقه من الوجهة الفقهية ، فقد اعترض عليه بعض الفقهاء ، وليس هنا مجال للعرض لذلك . ويراجع فى زاد المعاد المرجع السابق ؛ واعلام اللوطين ج ١ ص ٢٦٩ ؛ وكتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك ص ٧٣ و ٧٤ هامش رقم ١ .

(٢) تراجع المراجع السابقة وكتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ١١٩ هامش رقم ١ ص ٧٥ و ٧٦ . وقد ذكر أن مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية فى سنة ١٩١٧ أخذ فيه بمنهج الامام الشافعي فى ذلك فنس فى المادة ٢٤ من الطبعة الثانية من التعديل على ما يأتى : —  
« للأب والجد عند عدم وجود الأب أو فقدان ولايته دون غيرها ولاية زواج غير المكافئين على الشروط الآتية :

(أولاً) ان كانت الزوجة صغيرة يشترط فى الزوج أن يكون كفلاً ولا يلسق الزوجة ضرر من معاشته .

(ثانياً) ان كان الزوج صغيراً أن يكون كافلاً فان كان بالنسبة مجنوناً أن تظهر حاجته الى الزواج ولا يزوج الا واحدة ولا يصح للصغير المميز أو الصغيرة المميز أن يزوج نفسه ولو باذن وليه ، يراجع المرجع السابق .

وأساس ولاية الاجبار هو النظر في مصلحة الصغير والصغيرة ومن في حكمهما ، سعيا في تحقيق المصلحة لهم ودرء المفسدة عنهم . وهي لم تشرع لغير مصلحتهم ، فليس للولى أن يستعملها لغير الغرض الاصلى من تشريعها ، كأن يستعملها لمصلحته الخاصة . وبهذين القيدين يتقيد حق الاجبار ، وهو في ذلك كغيره من الحقوق على ما تقدم ، من حيث تقيد الحق ألا ينتج عن استعماله ضرر ، ووجوب استعماله لتحقيق الغرض الذى من أجله شرع .

القيد الأول : يجب أن يكون الاجبار محققا لمصلحة المجرى وغير ملحق به ضرراً <sup>(١)</sup> .

لما كان أساس الاجبار هو النظر في مصلحة المجرى فقد نص الفقهاء على أنه لا يجوز استعمال هذا الحق إذا لم يكن للمجرى مصلحة في ذلك ، وبهذا صرح الامام الشافعى رضى الله عنه بقوله « يجوز أمر الأب على البكر في النكاح إذا كان النكاح خطا لها أو غير نقص عليها ولا يجوز إذا كان نقصا لها أو ضررا عليها » . <sup>(٢)</sup> وتطبيقا على هذا الاصل نصوا على أنه لا يزوج المجنون الصغير إذا لا حاجة اليه حالا وبعد البلوغ لا بدري حاله ، وكذلك لا يزوج مجنون كبير الا لحاجة للنكاح حاصلة حالا <sup>(٣)</sup> . ويتقيد استعمال هذا الحق إذا قام داعيه بالقدر الذى يكفى لتحقيق المصلحة المقصودة ، وعلى هذا الأساس نصوا على أنه إذا زوج الأب ابنه الصغير فانه يزوجه بامرأة واحدة لحصول الغرض بها ، وليس في تزويجه بأكثر من واحدة مصلحة له <sup>(٤)</sup> .

(١) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٤٥ .

(٢) الأم ج ٥ ص ١٦ .

(٣) نهاية المطاح ج ٥ ص ١٩٩ .

(٤) كشف القناع ج ٣ ص ٢٣ . وتراجع المادة ٢٤ من مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية في سنة ١٩١٧ حيث أخذ بالأحكام المنقذة في تقيد حق الاجبار . كتاب الأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك ص ٧٥ بالهامش .

ويتقيد حق الولي في اجبار من في ولايته على الزواج بوجوب أن يكون الزواج من كفه<sup>(١)</sup>. وألا يكون من امرأة في زواجها ضرر عليه (في حالة تزويج الصغير ومن في حكمه)، أو من رجل تتضرر من معاشرته (في حالة تزويج الصغيرة ومن في حكمها)<sup>(٢)</sup>.

ويتبين من أقوال الفقهاء في ذلك أن ما يقيدون به حق الولي ليس خاصا بتزويج الصغار فقط، بل انه يرجع لأحكام تراعى أيضا في زواج غير المجبرين<sup>(٣)</sup>؛ ذلك أنهم يشترطون الكفاءة وهي معتبرة في نكاح غير المجبرين كما تقدم في موضعه، وأما ما قالوه من أن الولي لا يجوز له أن يزوج من في ولايته بمن يتضرر من معاشرته فقد فسروا المقصود من ذلك بالألا يكون في الزوج أو الزوجة (حسب الأحوال) عيب مما يبيح خيار الفسخ لو كان المزوج من ذلك أمر نفسه<sup>(٤)</sup>. وفيما عدا الكفاءة والخلو من العيوب قالوا ان للولي أن يزوج المجبرة ولو بمن تكره، ولكن يكره له ذلك<sup>(٥)</sup>، وقد اختلفوا فيما إذا عينت المجبرة كفئا وأراد الأب أو الجد المجبر كفئا غيره، فقال البعض ان العبرة بتعيين الأب أو الجد لأنه أكل نظرا منها، وقال البعض الآخر انه يلزمه اجابتها اعفافا لها<sup>(٦)</sup>. وهذا القول الأخير هو المعمول به في مذهب

(١) ويلاحظ أن الكفاءة هنا ليست مقصورة على زوج الصغيرة وإنما تشترط أيضا في زوجة الصغير وهذا خلاف القاعدة التي تقدمت عند الكلام على الكفاءة والقاضية بأن الكفاءة تعتبر في الأزواج وليس في الزوجات. يراجع كتاب الشيخ أحمد إبراهيم بك بند ١٣٦ وحاشيته وبند ١٥٧ والهامش رقم ١ ص ٩٨ و ٩٩ — والظاهر أن هذا الاستثناء دعا اليه الاحتياط في صيانة حق الصغير.

(٢) يراجع في ذلك الأم ج ٥ ص ١٦؛ والافتاع وحاشية البيهقي عليه ج ٣ ص ٣٧١.

(٣) وهذا فيما عدا اشتراط الكفاءة في زوجة الصغير.

(٤) يراجع في ذلك الأم ج ٥ ص ١٦؛ ونهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٩٩؛ ومنهج الجليل

ج ٢ ص ١٥.

(٥) الأم المرجع السابق. ويراجع عند هذا القول في اعلام الموقعين ج ١ ص ٢٦٩.

(٦) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٨٠ و ١٨١.

الامام أحمد لمن يكون عمرها تسع سنين . وهو القول الأصح . لأن النكاح يراد للرغبة ، فلا تجبر على من لا ترغب فيه <sup>(١)</sup> .

ولو حصل الاجبار على الزواج بغير مراعاة ما تقدم لم يصح النكاح على رأى المشهور ، لوقوعه على خلاف الغبطة ، وقيل يصح ويكون للجبّة الخيار . فإذا كانت بالغة كان لها الخيار حالا ، وإن كانت صغيرة فلهما الخيار إذا بلغت ، وكذلك الحكم بالنسبة للصغير المجبر <sup>(٢)</sup> . إلا أن لفقهاء الحنفية في ذلك تفصيلا ؛ فلو زوج الأب أو الجد الصغير أو الصغيرة بغير كفه ، أو بغير فاحش في المهر زيادة في مهر الصغير وحطا من مهر الصغيرة ، فهذا الزواج لا يصح على قول الامامين أبي يوسف ومحمد ، وعلى رأى الإمام أبي حنيفة يصح النكاح استحسانا وإن كان القياس على رأى صاحبه <sup>(٣)</sup> . ولو كان المزوج غير الأب والجد لم يصح الزواج عندهم جميعا <sup>(٤)</sup> . وقد قيد المتأخرون من العلماء قول الامام أبي حنيفة في تزويج الأب والجد للصغير أو الصغيرة من غير كفه أو بغير فاحش في المهر — قيدوا قوله بصحة هذا النكاح ولزومه بالأب يكون الأب أو الجد معروفا بسوء الاختيار ، فإن كان معروفا بذلك مجانة وفسقا فالعقد يبطل على الصحيح <sup>(٥)</sup> . ولو كان المزوج غير الأب والجد ، وكان التزويج بكفه وبمهر المثل ، كان النكاح صحيحا نافذا غير لازم ، ولكل من الصغير والصغيرة خيار الفسخ وقت البلوغ أو وقت العلم بالنكاح إذا بلغ المزوج منهما غير عالم بالزواج . والدخول قبل البلوغ لا يسقط هذا الخيار . والمجنون

(١) كشف القناع ج ٣ ص ٢٤ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٩٤ و ١٩٩ .

(٣) البسيط ج ٤ ص ٢٢٤ و ٢٢٥ ؛ والزيلعي ج ٢ ص ١٣٠ و ١٣١ .

(٤) بدائع الصنائع ج ٢ ص ٢٤٥ و ٢٤٦ .

(٥) البحر ج ٣ ص ١٤٤ ؟ وفتح القدير ج ٢ ص ٤٢٥ و ٤٢٦ ؟ وراجع كتاب الأستاذ أحمد إبراهيم بك بند ١٣٤ و ١٣٥ و ١٣٦ وهوامشها — وما قيل بالنسبة للأب والجد في تزويج الصغير أو الصغيرة يقال عن الابن بالنسبة لأمه المجنونة أو للمعتوهة — المرجع السابق .

والمجنونة ثبتت لهما الخيار وقت الافاقة<sup>(١)</sup>.

على أن قول الامام أبي حنيفة بلزوم تزويج الأب أو الجد الذي لم يعرف بسوء الاختيار ولو زوّج الصغير أو الصغيرة من غير كف، وبغير مهر المثل غبنا لهما— هذا القول لا يتعارض مع المبدأ الاساسى وهو أن ولاية الاجبار شرعت لمصلحة المجبر . ووجه قول الامام أبي حنيفة هذا يتفق مع حكمة الولاية؛ فراهبه يقوم على اعتبار أن النكاح يشتمل على مصالح وأغراض ومقاصد جمة، والأب وافر الشفقة ينظر لولده فوق ما ينظر لنفسه، فالظاهر أنه إنما قصر في الكفاة والصدّق ليوفر سائر المقاصد عليها . وذلك أنفع لها من الصدّق والكفاة فكان تصرفه واقعا بصفة النظر<sup>(٢)</sup>.

\*\*\*

القيد الثانى : ويتقيد حق التزويج بقيد آخر هو أن يكون استعماله مقصودا به مصلحة المولى عليه . فإذا استعمل المولى هذا الحق لمصلحته خاصة كان مسيئا في هذا الاستعمال ومنع عنه .

وهذا القيد يتفرع عن القيد السابق، لأن الاستعمال الذى لا يكون ملحوظا فيه مصلحة المولى عليه يكون غالبا إما مسيئا لضرر يلحق به أو على الأقل غير جالب لمنفعة له . إلا أنه في بعض الصور قد يكون الزواج في مصلحة المولى عليه، أو غير مسبب لضرره، ولكن مظنة الاساءة التى يظهرها تصرف المولى فى استعماله حقه فى تزويج من فى ولايته لمصلحته الخاصة تفسد هذا النكاح . ومن التطبيقات على هذا المبدأ حكم الشريعة الاسلامية فى نكاح الشغار، فهو نكاح باطل على قول أكثر الفقهاء لما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنه<sup>(٣)</sup> . وصورة هذا النكاح، على ما اعتمدته فقهاء الشريعة

(١) كتاب الشيخ أحمد ابراهيم بك رقم ١٣٦ .

(٢) البسوط ج ٤ ص ٢٢٤ و٢٢٥ بنصه . وراجع أيضاً البدائع والزىلى والبحر وفتح القدير للراجع السابقة .

(٣) قال الامام البخارى فى صحيحه فى باب الشغار : «حدثنا عبد الله بن يوسف أخبرنا



الاسلامية ، هو أن ينكح الرجل وليته رجلا آخر على أن ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما<sup>(١)</sup> . فهو ليس مقصورا على انكاح الأب لابنته وإنما يشمل أيضا تزويج غير البنات من الأخوات وبنات الأخ والعلمات وبنات الأعمام ... الخ<sup>(٢)</sup> .

إلا أن إطلاق هذا القول على تزويج كل ولي فيه نظر ؛ فإنه لا يمكن تأييد ما جرى عليه عامة الفقهاء في تفسير الشغار من حيث النقل ، لأنه لم يصح عند العلماء أن تفسير الشغار كما رواه البخارى ومسلم كان من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقد رواه البخارى على أنه خاص بانكاح الأب ابنته ، ورواه مسلم على روايتين ، في إحداها زاد تزويج الأخت على تزويج البنت ، وفي الثانية ذكر أن تفسير الشغار من كلام نافع أحد رواة هذا الحديث<sup>(٣)</sup> . ومن أجل ذلك قال الامام الشافعى أنه لا يدرى تفسير الشغار هل هو من الحديث أو من قول أحد رواة<sup>(٤)</sup> . والظاهر من قولهم هو أن تفسير

مالك عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق . . . وقدرناه الامام مسلم من طرق أخرى . يراجع فتح البارى للسفلى ج ٩ ص ١٣٩ ومتن البخارى على هامشه ؛ وارشاد السارى للسفلى ج ٨ ص ٣٩ ؛ ومتن الامام مسلم وشرح النووي عليه المطبوع على هامش ارشاد السارى ج ٦ ص ١٤١ — ١٤٣ ؛ ونيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ٣٧٧ — ٣٧٩ .

ومعنى كلمة الشغار في الأصل الخلو يقال شغرت الأرض شغورا لم يبق بها من يحبسها ويضبطها فهي شاغرة ومنه قولهم وقف شاغرا أى ليس له ناظر يضبطه ويحول شئونه . يراجع كتابه الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ٦٣ هامش رقم ١ ص ٣٦ .

(١) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٥٠ .

(٢) يراجع شرح النووي على صحيح مسلم بهامش ارشاد السارى ج ٦ ص ١٤٣ ؛ وارشاد السارى ج ٨ ص ٣٩ ؛ وفتح البارى ج ٩ ص ١٤١ ؛ واللبوط ج ٥ ص ١٠٥ ؛ ونيل الأوطار ج ٦ ص ٢٧٩ .

(٣) يراجع صحيح البخارى ومسلم المرجعان السابقان .

(٤) الأم ج ٥ ص ٦٨ .

الشغار ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم<sup>(١)</sup>. وعلى ذلك يمكننا أن نفسر الشغار على أساس الحكمة التي دعت إلى إبطال هذا النكاح، ولا تنقيد بقول مخصوص، لأن النكاح في الأصل مباح والمنع هنا لعارض فيجب أن يقتصر عليه.

وقد اختلفوا في بيان علة تحريم هذا النكاح. فقال البعض إن العلة في النهي عنه هي ترك ذكر المهر. ومن قالوا بذلك صححوا هذا النكاح بفرض صداق المثل، قياساً على حالة من يسمى مهراً بما لا يصح التعامل به كالخمر والخنزير<sup>(٢)</sup>. وقيل إن العلة في ذلك هي جعل كل واحد من العقدین شرطاً في الآخر<sup>(٣)</sup>. وقيل العلة في إبطال هذا النكاح هي جعل بضع كل واحدة مهراً للأخرى، وهي لا تنفع به، فلم يرجع إليها المهر بل عاد إلى الولي، وهو ملكه لبضع زوجته بتمليكها لبضع موليته، وهذا ظلم لكل واحدة من المرأتين وإخلاء لنكاحها عن مهر تنفع به<sup>(٤)</sup>. ومعنى ذلك أن الولي زوج موليته ليظفر هو بزوجة له، وكذلك فعل الآخر، فيكون كل منهما لم يقصد مصلحة المولى عليها وإنما قصد مصلحته هو، وما شرع حق التزويج لذلك، وبذلك يكون كل من المولين قد استعمل هذا الحق لغير الغرض الذي من أجله شرع. وهذا الرأي الأخير هو أصح الآراء في بيان علة النهي عن نكاح الشغار؛ إذ لو كانت العلة هي عدم تسمية المهر أو فساد التسمية لما كان هناك محل للنهي عن النكاح جملة، لأن فساد تسمية المهر لا تفسد العقد، وكذلك يصح النكاح بدون تسمية

(١) إراجع فتح الباري ج ٩ ص ١٣٩ و ١٤٠؛ وإرشاد الساري ج ٨ ص ٣٩ و ٤٠، وبلوغ الرام حديث رقم ١٠١٤ ص ٢٠٥.

(٢) إراجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٠؛ وفتح الباري ج ٩ ص ١٤٠ و ١٤١؛ واللبوط ج ٥ ص ١٠٥.

(٣) فتح الباري ص ١٤٠؛ وزاد المعاد ج ٢ ص ٢١١.

(٤) زاد المعاد ج ٢ ص ٢١١.

الصداق . وعلى الرأى الذى رجحناه يكون المعتبر فى البطلان هنا هو تزويج كل من الوليين وليته للآخر بشرط أن يزوجه وليته ، لما فى ذلك من رجحان مظنة الاساءة التى أشرنا إليها ، وتضحية مصلحة المولى عليها فى سبيل مصلحة وليها . ولعل هذا الاعتبار هو الذى دعا الامام مالكاً رضى الله عنه إلى القول ببطلان النكاح ولو سُمى كل من الوليين للزوجة مهراً ، وذلك فى الصور التى تدخل تحت نكاح الشغار <sup>(١)</sup> .

ونعود إلى صورة نكاح الشغار فنقول ان تحديدها يجب أن يكون تبعاً لمقتضى الحكمة من إبطال هذا النكاح كما تقدم . وبذلك تكون صورته الصحيحة مقصورة على حالة تزويج الولي المجبر لمن له عليها ولاية الاجبار ، لأن تزويج غيرها يشترط فيه رضاها بالزواج ووجوب مهر المثل فلا يتصور ظلمها ، والولي المجبر هو الذى يستطيع أن يزوج من فى ولايته بغير اعتبار قولها ، وبذلك يمكنه أن يستعمل حقه هذا لمصلحته الخاصة بغير مراعاة لمصلحة المولى عليها ، ويكون تزويجه لها تجارة يرمى من ورأئها إلى الحصول على زوجة له كما تقدم . ويتبين مما مرّ بنا أن النهى عن نكاح الشغار تطبيق خاص للبدا العام القاضى بوجوب أن يكون استعمال الحق موافقاً لمقتضى الحكمة التى من أجلها شرع هذا الحق ، وقد جاء التطبيق هنا فى حق الجبر الذى شرع لمصلحة المولى عليه وليس لمصلحة الولي .

وحكم النهى عن هذا النكاح مختلف فيه . فطبقاً لمذهب الامام أبى حنيفة انتهى هنا محمول على الكراهية ، والنكاح صحيح ، ولكل من الزوجتين مهر مثلها <sup>(٢)</sup> . وهو رواية عن الامام أحمد . وطبقاً لقول الائمة مالك والشافعى وأحمد

(١) ويتبين ذلك مما رواه ابن القاسم عن الامام قد قل « سئل مالك عن رجل قال زوجنى ابتك بخمسين ديناراً على أن أزوجه ابنتى بائة دينار فكرهه مالك ورآه من وجه الشغار » .  
المدونة ج ٢ ص ١٣٩ و ١٤٠ .

(٢) الزيلعى ج ٢ ص ١٤٥ ؛ واللبوط المرجع السابق ؛ وابن طابدين ج ٢ ص ٤٥٧ و ٤٥٨ .

في رواية أخرى عنه النهي هنا يقتضى بطلان النكاح (١).

\*\*\*

### ب - عضل الولي

رأينا فيما مر بنا في هذا الفصل أن الشريعة الإسلامية تقر لبعض الأشخاص ولاية تزويج غيرهم من غير اعتبار لأرادة هذا الغير، وقلنا أن لهذه الولاية مظهرين، مظهرا إيجابيا وهو تزويج المولى عليه جبرا عنه وقد تكلمنا في ذلك، ومظهرا آخر سلبيا اصطلاحا على تسميته بعضل الولي (٢)، وهو امتناعه عن تزويج المولى عليها مطلقا أو من كفاء خطب ليزوجها لغيره (٣). والعضل يكون من الولي المجبر طبقاً للمذاهب الأربعة، ولا يتصور إلا منه في مذهب الإمام أبي حنيفة، لأن وجود الولي ليس بشرط عنده فيما عدا حالة الاجبار، وللبراءة في غير هذه الحالة أن تزويج نفسها كما تقدم. وأما طبقا للمذاهب الأئمة مالك والشافعي وأحمد فالعضل يكون من كل ولي، لأن وجود الولي شرط في عقد الزواج على رأيهم (٤).

والعضل منهى عنه بقوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف... » (٥). وقد نزلت هذه الآية تحرم على أولياء النساء مضارة من كانوا له أولياء منهن، بعضلن عن أردن نكاحه من أزواج كانوا لهن فين بما تبين به المرأة من

(١) إراجع فتح الباري ج ١ ص ١٤١؛ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٥٠؛ والأم ج ٥ ص ٩٦؛ وشرح النووي لمصحيح مسلم على هامش إرشاد الساري ج ٦ ص ١٤٣؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ٥٤؛ والمدونة ج ٢ ص ١٣٩.

(٢) يقال عضله أى ضيق عليه وجبهه ومنه ومنه عضل الولي موليته أى منعه عن الزواج. كتاب الشيخ أحمد إبراهيم بك بند ١٣١ هامش رقم ١ ص ٨١.

(٣) تراجع رسالة الغرر بلال في العضل ص ٢١٤ (يسرى).

(٤) إراجع ص ١٦٢ هامش رقم ١.

(٥) سورة البقرة آية رقم ٢٣٢.

زوجها من طلاق أو فسخ نكاح<sup>(١)</sup> . وقيل ان النهى فى الآفة إما أن يكون للأولياء أو للازواج أو للناس كافة فان إسناد ما فعل واحد الى الجميع شائع مستفيض وفيه تهويل لأمر العضل وتحذير منه وإيدان بأن وقوع ذلك بين ظهرانهم وهم ساكتون عنه بمنزلة صدوره عن الكل فى استتباع اللائمة<sup>(٢)</sup> . ومدار العضل هو أن يتمتع الولى من تزويج من فى ولايته بقصد الاضرار بها ، أو بغير أن يكون فى ذلك مصلحة لها ، وبشرط أن يخطبها كفاء وبمهر المثل . فان كان الأمر كذلك وامتنع الأب عن تزويجها عداً ، وإلا فلا عضل ولا يؤمر بتزويجها ولو تكرر رد الولى للخطاب ما دام أنه ليس مضاراً لها<sup>(٣)</sup> . وظاهر هذا القول يتفق مع بعض مظاهر إساءة استعمال الحق : فهل يمكن القول بأن العضل هو إساءة استعمال الحق أو أنه تقصير فى القيام بواجب ؟ يمكن أن يقال انه وان كان من حق الولى أن يزوج فليس من حقه أن يمنع من الزواج ، وعلى هذا الاعتبار يكون من واجب الولى أن يزوج ، ويكون العضل تقصيراً فى واجب وليس إساءة فى استعمال حق . وقد يستند فى هذا المعنى على قول الامام الشافعى عند كلامه على اشتراط الولى فى النكاح فقد قال « ان على السلطان اذا اشتجروا أن ينظر فان كان الولى عاصلاً أمره بالتزويج فان زوج فحق أداه وان لم يزوج فحق منعه وعلى السلطان أن يزوج أو يوكل ولياً غيره فيزوج والولى عاص بالعضل<sup>(٤)</sup> » .

إلا أن الأصل الذى يبنى عليه هذا القول غير مسلم ، فان الولاية مفروضة لمصلحة المولى عليه ، بمعنى أن أساسها النظر فيها هو الأصلح له ، وتقدير صلاحيته

(١) الطبرى ج ٢ ص ٢٧٧ .

(٢) رسالة الفرنبلى فى العضل ص ٢١٤ (مصرى) .

(٣) مدونة مالك ج ٢ ص ١٤٥ ؛ والزرقانى ج ٣ ص ١٨٣ ؛ وكتاب الشيخ أحمد

ابراهيم بك بند ١٣١ ص ٨٢ .

(٤) الأم ج ص ١١٥ .

متروك للولى ، فهو يقبل الزواج أو يرفضه على ما يراه من صلاحية الخاطب أو عدم صلاحيته . هذا من جهة المولى عليه . وهناك اعتبار آخر من جهة الولى خاصة وهو حقه فى أن لا تزوج موليته من غير كفاء ، لأن الكفاءة حق للأولياء كما مر بنا ، فللولى أن يعترض على زواج غير الكفاء ويطلب فسخه كما تقدم ، فإذا كان الولى مزوجاً فمن حقه أن لا يزوج موليته بغير الكفاء محافظة على حقه . وهذان الاعتباران معاً يجعلان اعتراض الولى على زواج موليته أو منعها من الزواج من حقوقه . وأما قول الشافعى الذى أشرنا إليه فوجهه أن يكون قد ثبت عضل الولى اذ به ثبت أن للولى عليها حقاً فى تزويجها ، وهو واجب على الولى من ذلك الوقت .

على أن حق الولى هذا ككل الحقوق يتقيد بوجوب استعماله للعرض الذى من أجله وجد ، فإذا استعمل هذا الحق لغير هذه الحكمة ، كأن يكون استعماله بقصد الإضرار بالمولى عليها ، أو لفائدة يرجوها هو لنفسه ، أو طمعاً فى الحصول على منفعة له مقابل رضائه بالزواج ، عد عاصلاً <sup>(١)</sup> وكان عمله هذا إساءة فى استعمال حقه .

وأما الجزاء الشرعى للعضل فقد جاء به الحديث المحفوظ عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو أيما امرأة تكهت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له <sup>(٢)</sup> . وقد فسروا الشطر الأخير من هذا الحديث بأن السلطان يكون ولياً لمن لا ولي لها ، وكذلك لمن يكون لها ولى فيمنعها من الزواج عضلاً لها ، فإنه بمنعه لها قد أخرج نفسه من الولاية بالعضل ، لأن العضل ضرر ، والضرر منهى عنه ، والسلطان ينهى الضرر هنا بالتزويج <sup>(٣)</sup> .

(١) فتاوى الشيخ عليم ج ١ ص ٢٩٦ .

(٢) يراجع بلوغ المرام ص ٢٠٤ حديث رقم ١٠١٠ .

(٣) تراجع فى ذلك المدونة ج ٢ ص ١٢٤ ؛ والألم ج ٥ ص ١١ ؛ رسالة العربى بلال فى

العضل ص ٢١٢ ( يعين ) .

وطبقاً لمذهب الامام أحمد اذا عضل الولي الأقرب فان الولاية تنتقل لمن يليه من الأولياء ، فان عضل الولي الأبعد أيضاً زوجها الحاكم استناداً على الحديث المتقدم (١).

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٠ .

## الباب الثالث

### في الحقوق المترتبة على عقد الزواج

الزواج عقد عمر ، وهو أقوى ما يكون من الارتباط بين شخصين . ومتى تم هذا العقد كان لكل من الزوجين حقوق قبل صاحبه تبقى مابقيت رابطة الزوجية ، وليس من السهل إيراد بيان تفصيلي لهذه الحقوق لكثرة تنوعها ولأنها تشمل كل ملابسات الحياة في جميع مظاهرها . وقد ذكر القرآن الكريم بعض الحقوق التي لكل من الزوجين قبل الآخر ، وجاءت الأحاديث الشريفة بذكر شيء منها زائداً على ما ورد بالقرآن<sup>(١)</sup> . وهذه وتلك منها ما هو مفسر ومنها ما هو مجمل<sup>(٢)</sup> .

وجاء هذه الحقوق قوله تعالى « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة »<sup>(٣)</sup> . أي أن للنساء من حقوق الزوجية على الرجال مثل ما للرجال عليهن<sup>(٤)</sup> . ويؤيد ذلك ما روى عن النبي (ص) أنه قال في حجة الوداع « ان لكم من نسائكم حقاً وان لنسائكم عليكم حقاً »<sup>(٥)</sup> . ومع ذلك فان للرجال عليهن درجة أي منزلة ، وهذه الدرجة هي قيام الرجل على المرأة لقوله تعالى « الرجال قوامون على النساء »<sup>(٦)</sup> .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٣٧٤ و ٣٧٥ .

(٢) الأم ج ٥ ص ٩٥ .

(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٢٨ . ويراجع تفسيرها في الطبري ج ٢ ص ٢٥٧ و ٢٥٨ ؛ والكشاف ج ١ ص ٢٦٧ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٣٧٤ .

(٤) نيل المرام ص ٦٣ والراجح المثار إليها بالهامض السابق .

(٥) نيل الاوطار ج ٦ ص ٣٦٤ .

(٦) سورة النساء آية رقم ٣٤ . ويراجع الطبري والكشاف وأحكام القرآن



والقاعدة العامة التي تسود كل حقوق الزوجية وتقيدها هي الاحسان في المعاملة وتجنب المضارة <sup>(١)</sup>. اذ أن الزواج يحقق لمصالح متبادلة وهي لا تقوم إلا على هذا الأساس. وقد نبه القرآن الكريم الى ذلك في عدة آيات هي أقوى ما يكون أساساً لهذه القاعدة فجاء به: «وبعولتهن أحق بردهن في ذلك ان أرادوا إصلاحاً» ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف» <sup>(٢)</sup>، «وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضراراً تعتدوا...» <sup>(٣)</sup>، «وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف» <sup>(٤)</sup>، «ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقا على المحسنين» <sup>(٥)</sup>، «وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين» <sup>(٦)</sup>، «والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة» وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» <sup>(٧)</sup>، «ولا تعضلوهن لذهبوا ببعض ما آتيتموهن

#### المراجع السابقة .

وهذا لا يخل بالمساواة بين الرجل والمرأة لأن هذه الدرجة التي هي قيام الرجل على المرأة يقتضيها النظام في كل عمل مشترك وإلا صار الأمر فوضى ومراعاة النساء لهذه الدرجة يجعل ما لهن من شئون الزوجية قبل أزواجهن مثل ما عليهن لهم تماماً وقد جاء هنا القول نياً رواء الطبرى مسنداً لحمد أنه قال في تأويل قوله تعالى «والرجل عليهن درجة» «لا أعلم إلا أن لهن مثل الذي عليهن إذا عرفت تلك الدرجة» — تراجع الطبرى ج ٢ ص ٢٥٧ .

(١) تراجع في ذلك الأم ج ٥ ص ٩٥؛ والبائع ج ٢ ص ٣٣٤؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ١٠ ص ٣٧٤ وما بعدها، وج ٢ ص ١٠٩؛ وفتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ٢٣١ وما بعدها، وقد عبر عنها بأنها «قاعدة تكاحية» .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٢٩ .

(٣) (٢٣١) .

(٤) (٢٣٢) .

(٥) (٢٣٦) .

(٦) (٢٤١) .

(٧) (٢٣٣) .

إلا أن يأتين بفاحشة مبينة وعاشروهن بالمعروف ، <sup>(١)</sup> ، وقوله « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ، <sup>(٢)</sup> ، وإذا أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وأأمرا ببنكم بمعروف ، <sup>(٣)</sup> » وغير ذلك من الآيات التي تأمر بالاحسان وتنهى عن المضارة .

ونظرا لما بيناه من تنوع حقوق الزوجية وتعذر حصرها ، ولأن كثيراً منها يشمل تفاصيل دقيقة هي أقرب لقواعد الأخلاق منها إلى ما يدخل تحت سلطان القضاء ، فستقتصر بحثنا على ما هو من هذا النوع الأخير فتكلم في الحقوق الآتية :

١ — حق القيام الذى للزوج على زوجته وهو ما يعبر عنه بالسلطة الزوجية ، وما يتضمنه هذا الحق من فروع .

٢ — المباشرة الجنسية .

٣ — حق المرأة فى النفقة .

(١) سورة النساء آية رقم ١٩ .

(٢) سورة الطلاق آية رقم ٢ .

(٣) سورة الطلاق آية رقم ٦ .

# الفصل الأول

## في قيام الرجل على زوجته

### أو السلطة الزوجية

قضت الشريعة الإسلامية أن الرجل قوام على زوجته بدليل قوله تعالى «الرجال قوامون على النساء»<sup>(١)</sup>. وهذا النص التشريعي يتضمن أن الزوج على زوجته تديرها وتأديبها<sup>(٢)</sup>. ولتتكم في كل من الحقين .

### أولاً: في من التبرير

ونقصد بذلك أن الزوج له السيادة في تدير المعيشة المشتركة بينه وبين زوجته من حيث اسكانها وامساكها في منزل الزوجية ومراقبة سلوكها داخل المنزل وخارجه واتصالها بالغير والنظر فيما يجوز لها أن تعمله داخل المنزل وخارجه والانتقال بها إلى حيث يشاء . والكلام في كل ذلك يدخل تحت ثلاثة فروع وهي .

١ — إمساكها بالمنزل والرقابة عليها .

٢ — منحها من القيام بعمل أو مزاوله مهنة .

٣ — الانتقال بها .

وقبل التكم في كل من هذه الفروع نوجه النظر إلى أن إعطاء الزوج السلطة في هذه الأمور مقصود به غرضان : أولهما المحافظة على مآمنته الشريعة

---

(١) سورة النساء آية رقم ٣٤ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٨٨ .

إياه من حقوق قبل زوجته نتيجة للزواج ، والثاني دفع الضرر عن نفسه وعنها وحماية حياتهما الزوجية عما قد يضر بها من المؤثرات . وهذان الغرضان هما اللذان يجب أن يتجه اليهما استعماله لسلطته ، وهذا الاتجاه هو أول ما يقيد تلك السلطة . ويقيدها فوق ذلك وجوب أن يكون استعمالها غير ملحق ضررا بالزوجة . وبذلك تكون سلطة الزوج على زوجته مقيدة بما تنقيد به سائر الحقوق في الشريعة الإسلامية .

أما بيان مدى ما يباح للزوج في الحقوق المنفردة عن هذه السلطة وما تنقيد به هذه الحقوق تفصيلا فيتبين مما يأتي :

#### الفرع الأول — في إمساك الزوجة بمنزل الزوجية والرقابة عليها

السكنى من حقوق المرأة على زوجها لأنها تدخل في النفقة بدليل قوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ... » (١) ؛ إلا أن تحديد المسكن واختياره متروك للزوج بحسب ما يراه ملائما تبعا لمقدرته . وترك الاختيار للزوج في ذلك مرجعه إلى أنه بحكم رياسته للأسرة هو الذي يعرف المكان اللائق لها والذي فيه تستقر المعيشة الزوجية الواجبة . وحق الزوج هذا يتقيد بوجوب أن يكون محققا لهذا الغرض له ولزوجته معا ، فإذا كان المسكن الذي اختاره الزوج بحالة لا تمكن الزوجة من استيفاء حقوقها المشروعة من الزواج لا يكون مسكنا شرعيا ولا تلزم الزوجة بالقرار فيه . وكذلك الحكم لو كان المسكن بحال يلحق الزوجة بسببها ضرر أو يخشى معها حصول الضرر . وقد مثلوا لذلك بما لو كان في المسكن آخرون يمنعونها وجودهم معها من المعاشرة الزوجية والتجمع بما هو من نتائج هذه المعاشرة ، أو كان يلحقها

(١) سورة الطلاق آية رقم ٦ ، ونفس الآية يدل على وجوب الاسكان على الزوج . ونفس قوله من وجدكم أى مما تطيقونه ملكا أو اجارة أو طرية . البحر ج ٤ ص ٢١١ .

بذلك ضرر ، أو تخشى منه على متاعها . وكذلك ما لو كان المسكن خاليا من المرافق الضرورية . أو كان بحال تستوحش منها الزوجة ، أو كان الجيران غير صالحين (١) .

وللزوج إمساك زوجته بمنزل الزوجية فيمنعها من الخروج ، إلا أن حقه في ذلك مقيد بما سبق بيانه ، فهو لا يمنعها إلا إذا كان خروجها يفوت عليه ما يباح له شرعا من الزواج ، أو كان يخشى عليها الفتنة ، فإذا كان خروجها لا يفوت عليه حقه وكانت أمينة لا يخشى عليها الفتنة أو كان خروجها لضرورة أو لقضاء حاجة لم يقدّم الزوج بها فليس له منعها (٢) .

أما فيما يتعلق بما للزوج من الرقابة على زوجته من حيث اتصالها بالغير فله أن يمنعها من الخروج لغير المحارم ومنع هؤلاء من الدخول إليها . ووجه ذلك أن في هذا الاتصال ضرراً محققاً ، وله أن يمنع وقوع الضرر به وبزوجته ، بل إن ذلك واجب عليه . وله أن يمنعها من الاتصال بمحارمها ، أو أن يقيد اتصالها بهم بوجوده أو وجود من يثق به معهم لهذا السبب أيضاً . ولكن حقه في ذلك مقيد بخوف فسادها أو إفسادها عليه . فإن لم يكن هناك محل لهذا التخوف فلا يجوز له منعها من ذلك (٣) .

(١) الهداية ج ٢ ص ٣٦ ؛ البدائع ج ٤ ص ٢٣ ؛ والزيلعي ج ٣ ص ٥٨ ؛ والبحر ج ٤ ص ٢١٠ و ٢١١ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٩١٤ ؛ والتاج والاكيل ج ٤ ص ١٨٦ ؛ والحري ج ٤ ص ٢١٩ ؛ ومنح الجليل ج ٢ ص ٤٣٦ ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٥٥ و ٢٥٦ ؛ وشرح انتهى ج ٣ ص ١٦٩ .

(٢) البحر ج ٤ ص ٢١٢ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٩١٥ ؛ والحري ج ٤ ص ٢١٨ ؛ ومنح الجليل ج ٢ ص ٤٣٦ ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٥٥ و ٢٥٦ و ٢٥٧ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١١٧ . وتراجع في ذلك أيضاً فتوى فضيلة الشيخ عبد الحميد سليم مفتي الديار المصرية المؤرخة في ١٨ أغسطس سنة ١٩٢٩ بمجلة المحاماة المصرية ص ١ و ٣٦ ؛ وحكم محكمة تلا الصرعة الصادر في ١٤ ذي القعدة سنة ١٣٤٨ ( ١٣ أبريل سنة ١٩٣٠ ) بالمحكمة المصرية ص ١ من ٩١١ رقم ٢٢٣ .

(٣) البدائع المرجع السابق ؛ والبحر ج ٤ ص ٢١٢ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٩١٥ ؛

وما يدخل في حق الرقابة الذي للزوج على زوجته أن تكون له الرقابة على مراسلاتها<sup>(١)</sup>. ولم نعر على نص لفقهاء الشريعة الاسلامية في هذا الموضوع، ولكنه امر يدخل في نطاق ما بحثوه، ولا يخرج عن القواعد التي قروها. إلا أن حق الزوج في ذلك يتقيد أيضاً بما سبق أن بيناه. وتظهر أهمية التقيد هنا بصفة خاصة إذا لوحظ أن الزوجة طبقاً للشريعة الاسلامية مستقلة في إدارة أموالها عن زوجها تمام الاستقلال، وكثيراً ما تكون مراسلاتها في هذا الشأن.

### الفرع الثاني — منعها من القيام بعمل أو مزاوله مهنة

للزوج أن يمنع زوجته من الاحتراف بمهنة أو بعمل من الأعمال ولو كان هذا العمل مما تقوم به داخل منزلها، سواء كان هذا العمل بأجر أو تبرعاً منها للغير لأنها مستغنية عن العمل بوجوب كفايتها عليه<sup>(٢)</sup>. إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً فقد يكون العمل الذي تقوم به المرأة نافعا لها لتحصل من مقابله على ما تحتاج إليه مما لا يلزم الزوج به<sup>(٣)</sup>. ومن أجل ذلك قرر فقهاء الشريعة الاسلامية أن هذا الحق لا يكون للزوج استعماله إلا إذا كان اشتغال المرأة

والحرش ج ٤ ص ٢١٨؛ وكشاف القناع ج ٢ ص ١١٧؛ وشرح المنهاج على هامشه ص ١٧١. أما ما ذكره الفقهاء من تحديد زيارات أهل الزوجة لها أو زيارتها لهم بأوقات معينة فليس له أساس من التشريع ونرى أن ذلك يرجع إلى ما جرى عليه العرف في زمنهم ومن أجل ذلك يمكن القول بأن هذه مسألة تقديرية تتغير بحسب ما يجري عليه العرف في زمن معين أو مكان معين وبحسب أحوال كل من الزوجة وقضايا. بخلاف ذلك بما قضت به محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٩٨، دالوز الدوري ١٨٩٩ — ١ — ٣٥٨.

(١) وهذا الحق مسلم للزوج طبقاً للتشريع الفرنسي إلا أنهم قيدوا استعماله بعدم الاساءة. راجع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٦ أغسطس سنة ١٩٠٧، دالوز الدوري ١٩٠٧ — ١ — ٥١٢.

(٢) الجرج ج ٤ ص ٢١٣.

(٣) ابن عابدين ج ٢ ص ٩١٥.

بعملها يفوت عليه حقاً من حقوق الزوجية ، أو ينجم عن اشتغالها بهذا العمل ضرر . وقد حرر ابن عابدين هذه القاعدة بقوله : « والذي ينبغي تحريره أن يكون له منها عن كل عمل يؤدي إلى تنقيص حقه أو ضرره أو إلى خروجها من بيته <sup>(١)</sup> أما العمل الذي لا ضرر له فيه <sup>(٢)</sup> فلا وجه لمنعها عنه ... » <sup>(٣)</sup> . وظاهر من هذا القول أن حق الزوج في منع زوجته من الاشتغال مقيد في استعماله بوجوب مراعاة الحكمة التي من أجلها منح هذا الحق لأنه منح للزوج للمحافظة على ماله من حقوق الزوجية ودفع الضرر عن نفسه وعن زوجته كما تقدم بيانه <sup>(٤)</sup> . وفضلاً عن ذلك ليس للزوج منع زوجته من عمل إذا كان يقصد به ضررها <sup>(٥)</sup> .

وتطبق القواعد المتقدمة على عمل الزوجة حتى لو كان من فروض الكفايات ( أى فيه مصلحة عامة ) كعمل القابلة ومغسلة الموتى <sup>(٦)</sup> .

وبما يرتبط باشتغال المرأة بعمل طلبها العلم أو خروجها لطلبه وقد استعرض الفقهاء هذا الموضوع ، وفرقوا في الحكم بين ما إذا كانت تطلب علماً يمكن زوجها أن يعلمها إياه ويكون مستعداً لتعليمها ، وما إذا كان العلم الذي تطلبه لا يمكن الزوج أن يفيدها إياه ؛ فتصوا على أن له منها عن الخروج

- 
- (١) والمفهوم من ذلك طبعاً أن يكون في الحدود التي تسمح للزوج بمنع زوجته عن الخروج .  
 (٢) وتطبيق القاعدة يؤدي إلى تفيد هذا الحق أيضاً بما لو كان هناك ضرر يصيب الزوجة من اشتغالها . يراجع الحرفى ج ٤ ص ٢١٧ ؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ٤٣٥ .  
 (٣) ابن عابدين ج ٢ ص ٩١٥ و ٢١٦ بنصه . ويراجع أيضاً نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٥٨ .  
 (٤) ويراجع كشاف القناع ج ٣ ص ١١٦ ؛ وشرح المنتهى ص ١٧١ .  
 (٥) الحرفى ومنع الجليل الرجبان السابقان .

(٦) البحر أيضاً ج ٢ ص ٢١٢ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٩١٦ ؛ والبرهان المختار ج ١ ص ٣٣٥ — وهناك رأى يقول بأن خروج الزوجة للعمل الذي من هذا القبيل لا يتوقف على إذن الزوج . رواه صاحب البحر في الموضع السابق ذكره ؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٣٣٥ — والظاهر أن من قال بذلك راعى جانب المصلحة العامة في مثل هذه الأعمال . إلا أن الراجح هو ما نقلناه في المتن لنقدم حق الزوج على فرض الكفاية . يراجع البحر وابن عابدين والبرهان المختار الراجع السابقة .

في الحالة الأولى. وأما في الحالة الثانية فقد فرقوا بين ما إذا كان ما تطلبه ضروريا فلا يجوز له منعها، وما إذا كان غير ضروري فيكون له منعها ولا شيء عليه، وإن كان الأجدر به أن يأذن لها<sup>(١)</sup>. وهذه الأحكام تنطبق تماما على القواعد التي سبق ذكرها إلا في الافتراض الأخير وهو ما إذا كانت تطلب علما ليس ضروريا لها ولا يستطيع الزوج تعليمها إياها فهم وإن كانوا قد استحسنوا إذن الزوج لها بالخروج لتعلمه فانهم قالوا إن له منعها منه ولا شيء عليه. ونقول إن حقه في ذلك يتقيد بما سبق تقريره بأن يكون في طلبها العلم تقويت لحقه، أو ضرر يلحق بأحدهما أو كليهما.

### الفرع الثالث — في الانتقال بالزوجة

للزوج أن ينتقل بزوجته إلى حيث يشاء<sup>(٢)</sup>. وهذا الحق فرع من كون الرجل قواما على زوجته، وأنه هو الذي يعين مسكن الزوجة. وهو أيضا يرجع لقوله تعالى: «أسكنوهم من حيث سكنتم من وجدكم»<sup>(٣)</sup>. ووقفاهم الشريعة الإسلامية متفقون على أن هذا حق للزوج<sup>(٤)</sup>. وهم متفقون أيضا على أن استعمال هذا الحق مقيد بالألا يكون قصد الزوج من الانتقال بزوجته مضارتها، أو أن يكون في نقلها ضرر يصيبها أو يخاف عليها الضرر منه.

(١) راجع البحر ج ٤ ص ٢١٢؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٣٣٦؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٩١٦.

(٢) إذا أولاهما مهرهما — الهداية ج ١ ص ١٦٧؛ ولم تشترط عليه البقاء في بلدما — كشف القناع ج ٣ ص ١١١؛ وشرح للنهي ص ١٦٢.

(٣) سورة الطلاق آية رقم ٦. وراجع الهداية ج ١ ص ١٦٧؛ وأفع الوسائل ص ٤٠.

(٤) راجع مواهب الجليل ج ٣ ص ٥٥٣؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ١٠٦؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٥٦؛ وكشف القناع وشرح للنهي للرجحان السابقان؛ والنتزع الخارج ج ٢ ص ٣١٢؛ والهداية وأفع الوسائل للرجحان السابقان؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٥ و ٤٩٩؛ وجميع الأنهر ج ١ ص ٣٥٩؛ والدر المتيقن بهامشه؛ ومعين الحكم ص ١٨٦؛ والفتاوى الأقروية ج ١ ص ٥٢ — وأما ما روي في كتب الحنفية من خلاف بين علمائهم في ذلك فلا يمس أصل الحق وسنرى أنه خلاف ظاهري حصل بمناسبة تطبيق هذا الحق لا في أساسه.



القيد الأول : يجب ألا يكون قصد الزوج من الانتقال بزوجه مضارته .  
وهذا القيد فضلا عن كونه تطبيقا للقاعدة العامة لاستعمال أى حق من الحقوق فهو يرجع أيضا لصريح النص في قوله تعالى : أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن<sup>(١)</sup> . وقد نص الفقهاء على هذا القيد صراحة<sup>(٢)</sup> ، وقالوا انه ينبغي للحاكم أن يستكشف عن حقيقة الحال ، وينظر في طلب الزوج السفر بأهله . فان كان طلبه مضارة لاجل أن تبه شيئا من المهر ، أو تترك الكسوة ، أو لأمرجى بينهما من خصومة ونحوها فلا يجيبه إلى ذلك خصوصا إذا لم يكن مأمونا عليها ، ويحكم لها بالمنع<sup>(٣)</sup> . أما إذا كان الزوج مأمونا على زوجته ، وكان انتقاله في سبيل معاشه مثلا فلا يجوز لها أن تمتنع<sup>(٤)</sup> . ومن ذلك يتبين أن حق انتقال الزوج بزوجه مقيد بوجوب استعماله لغرض صحيح يتفق مع الحكمة من منح هذا الحق له .

القيد الثانى : يتقيد أيضا حق الزوج في الانتقال بزوجه بأن لا يكون في الانتقال خوف الضرر عليها ، كأن يكون الطريق مخوفا ، أو يشق مشقة لا تحتمل عادة<sup>(٥)</sup> ، أو كان النقل لبلد لا تجرى فيه الأحكام أى فوضى ، أو يخاف فيه عدو<sup>(٦)</sup> . فلذا خيف شيء من ذلك فللزوجة أن تمتنع عن السفر . ويتقيد حق الزوج بالقيدين السابقين معا ؛ فانهما وإن كانا مفروضين لمنع الضرر عن الزوجة فانهما يختلفان موضوعا لأن الأول مرجعه لنفس الزوج ،

(١) راجع ابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٥ .

(٢) مواهب الجليل للرجع السابق ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٥٦ ؛ وللتترع المختار

ج ٢ ص ٣١٢ هامش رقم ٤٨ وابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٦ .

(٣) أفتح الوسائل ص ٤٢ بنصه . وراجع ابن عابدين للرجع السابق .

(٤) ابن عابدين للرجع السابق .

(٥) نهاية المحتاج للرجع السابق وحاشية الفيراضى عليه .

(٦) مواهب الجليل ج ٣ ص ٥٠٣ ؛ وللتترع المختار للرجع السابق .

والثاني للظروف والملابسة للسفر ذاته والخارجة عن الزوج . وقد تكون حكمة تأخذ القيد من متوافرة دون حكمة القيد الآخر .

وتتضمن كتب المذهب الحنفى أن هناك خلافا بين قهاتهم فيما إذا كان للزوج أن يسافر بزوجته . ففهم من يقول بأن للزوج أن يسافر بها ، ومنهم من يقول بأنه ليس له ذلك . والرأى الأول هو قول ظاهر الرواية ، والثانى هو الذى عليه الفتوى (١) . إلا أن هذا خلاف فى الظاهر فقط لأن من قالوا بأن الزوج ليس له السفر بزوجته يقرون بأن الرأى الآخر هو الذى عليه المذهب (٢) . ولكنهم أقروا بمنع الزوج من نقل زوجته لأن الزمن فسد وفى السفر بالمرأة ضرر بها دائماً (٣) فكأنهم اقرضوا أن السفر يضر بالزوجة

(١) أهم الوسائل المرجع السابق ؛ وجمع الأنهر ج ١ ص ٣٥٩ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٥ — وقد أخذ المرحوم قسرى بأشأ بالرأى الملقى به فى المادة ١٦٢ من قانون الأحوال الشخصية . وأما مفروض تعديل قانون الأحوال الشخصية اليألف الذكر فأخذ فيه بما يطق مع ما ذكرناه فى المتن من الأحكام فنصت المادة ٩٨ من التعديل طبعاً ثانية على أنه « إذا امتنعت الزوجة من الانتقال مع زوجها إلى بلد غير البلد الذى كانت معه فيه وكان مأموماً على نفسها ومالها وعقد أوفاعها معجل صداقها ولم يكن قاصداً المضارة بنقلها ولم تكن شرطت عليه فى العقد البقاء فى مكان معين سقطت ثقتها ولو كان طلب الانتقال بها إلى بلد فوق مسافة القصر : فلو كان الزوج غير مأموماً على نفسها أو مالها أو كان قاصداً المضارة بنقلها أو لم يوفها معجل صداقها أو كانت شرطت عليه فى العقد البقاء فى مكان معين فلا تسقط ثقتها بامتناعها عن الانتقال معه ولو كان دون مسافة القصر » . وجاء فى المادة ٨٨ من التعديل المذكور ما نصه « متى ثبت للزوج حق طلب زوجته إلى منزله جاز له أن ينتقل بها حيث شاء ولو فوق مسافة القصر ما لم يكن نقلها للمضارة ولم تكن قد اشترطت عليه عدم نقلها من البلد » — راجع كتاب الأستاذ أحمد إبراهيم بك رقم ٣٠٥ هامص رقم ٢ ب ص ١٩٠ و ١٩١ .

(٢) وقد قلنا هنا أن هذا الرأى هو الذى عليه المذهب لأنه قول ظاهر الرواية . والقول الآخر هو الذى عليه الفتوى وذلك على اعتبار أن ظاهر الرواية هو الحكم المسمى العام فى مسألة تهمة معينة وأما الفتوى فهى تطبيق هذا الحكم المسمى على واقعة معينة بملاياتها الخاصة بها والتى قد لا توجد فى حادثة أخرى مما يدخل فى الحكم المسمى عموماً وهذه الملايات الخاصة قد تصل إلى تطبيق الحكم المسمى أو تنقعه ولكن ذلك لا يكون لبس متعلق بالحكم فى ذاته وإنما بسبب هذه الملايات الخاصة .

(٣) أهم الوسائل وجمع الأنهر وابن عابدين للراجع السابقة .

دائماً ولذلك منعه إلا بأذنها ، ولو لا هذا الضرر الذي اقترضوا وجوده دائماً لما قالوا بالمنع <sup>(١)</sup> . وبذلك يكون الخلاف ظاهرياً وقد نتج عن تطبيق الحكم الشرعى على الواقع فى زمينهم ، والحكم الشرعى طبقاً للمذهب أبى حنيفة كما تقدم لا يبيح السفر إذا كان المقصود به مضارة الزوجة أو كان يخشى منه حصول ضرر لها ، فإذا لوحظ أن سفر الزوج بزوجه قد لا يكون فيه ضرر يصيبها ، بل قد يكون مصلحة لها معاً ، فإنه يتبين أن المذهب الحنفى يوافق غيره من المذاهب فى هذا الموضوع كما تقدم بلا خلاف . ومن أجل ذلك قرر المحققون من علماء الحنفية أن الأمر متروك للقاضى يقدره بحسب ما يراه من الوقائع على ما مر بنا <sup>(٢)</sup> .

وهذا ما جرى عليه قضاء المحاكم الشرعية أخيراً <sup>(٣)</sup> ؛ فقضت أن للزوج الانتقال بزوجه ولو إلى مسافة أكثر من مسافة السفر الشرعى إذا كان أمينا

(١) والدليل على ذلك أنهم قالوا إن الزوج أن يسافر بزوجه فيما دون مسافة القصر وليس له السفر بها لأكثر من ذلك والملة فى التفرة أنهم اقترضوا الضرر فى الحالة الثانية دون الأولى وبذلك يكونون قد طبقوا القاعدة الأصلية . ومسافة القصر هى التى تقصر فيها الصلاة الرباعية ومسافتها ثلاثة أيام سير الأبل المتاد وقد قدرها المرحوم محمود الفلكى باشا بواحد وتسعين كيلو متر وقدرها غيره بنحو خمسة وثمانين كيلو متر — راجع كتاب الأستاذ أحمد إبراهيم بك بند ٣٠٥ هامش رقم ١ ب ص ١٩٠ .

(٢) راجع أهم الوسائل ص ٤٢ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٤٩٦ — خصوصاً وقد تغير الزمن وأصبح السفر ميسراً مأموناً وبذلك ضمنت حجة من قالوا بالمنع لأنه يحق لنا أن نقول أن الزمن قد تغير فيقتضى بأن للزوج الانتقال بزوجه . راجع ابن عابدين للرجع السابق ؛ وشرح الأحوال الشخصية للاستاذ محمد زيد بك ج ١ ص ٢٣٠ و ٢٣١ .

(٣) وقد كانت بعض المحاكم الشرعية تنفى بأن للزوج الانتقال بزوجه فيما هو دون مسافة السفر الشرعى ( مسافة القصر ) ، حكم محكمة المنيا الشرعية فى ٢١ مارس سنة ١٩٠٥ بمجلة الأحكام الشرعية ص ٤ ص ١٧ . فإذا زادت مسافة السفر على مسافة السفر الشرعى فلا تميم الزوجة على الانتقال مع زوجها ، حكم محكمة مديرية دنقلة بالسودان فى القضية رقم ١٣٢ سنة ١٩٠٣ ، تراجع مذكرة محكمة عموم السودان الصادرة فى ١٨ يولية سنة ١٩٠٣ والمنشورة بمجلة الأحكام الشرعية ص ١ ص ١٠١ حيث أشارت إلى هذا الحكم فى أولها . ولكن هذا الرأى قد تم هجره القضاء الشرعى بعد ذلك إلى ما هو مذكور بالتحق .

عليها ولا خوف عليها ولا على مالها إذا سافرت معه <sup>(١)</sup>، وأنه إذا كان طلب الزوج نقل زوجته إلى جهة أخرى يراد به مضارتها فلا يجاب إلى طلبه <sup>(٢)</sup>. والرأى الذى ذهب اليه القضاء الشرعى فى مصر هو ما صار توجيه القضاء الشرعى بالسودان اليه بالمذكرة القضائية لمحكمة عموم السودان الصادرة فى ١٨ يولييه سنة ١٩٠٣ (الموافق ٢٢ ربيع الآخر سنة ١٣٢١) <sup>(٣)</sup>؛ فقد أخذت بالرأى الذى سبق أن بيناه وهو الذى يقضى بأن القاضى ينظر فى خصوص الوقائع وهو عين ما اتفق عليه فقهاء المذاهب كما تقدم <sup>(٤)</sup>.

(١) حكم محكمة الجالية المصرية الصادر فى ١٥ جمادى الأولى سنة ١٣٣٨ (٥ فبراير سنة ١٩٢٠) المنشور بمجلة القضاء الشرعى س ١ ص ١٦٥ وما بعدها. وقد تأيد هذا الحكم استثنائياً بأسبابه — المرجع السابق — وقد بحث المحكمة الموضوع فى أسباب حكمها بوضوح تام قليلا.

(٢) حكم محكمة مصر الشرعية فى ٢١ شوال سنة ١٣٤٣ (١٤٠ مايو سنة ١٩٢٥) المنشور بمجلة القضاء الشرعى س ٣ ص ١٥٥. وقد استؤنف هذا الحكم ونقضت محكمة مصر الابتدائية المصرية فى ٥ صفر سنة ١٣٤٤ (٢٤ أغسطس سنة ١٩٢٥) فى الاستئناف بالفاء الحكم الابتدائى الا أنها لم تنازع محكمة أول درجة فى أن للزوج أن ينقل زوجته ما لم يكن قاصداً مضارتها وإنما نازعتها فى تطبيق الحادثة وقالت انه لم يقد دليل كاف يدل على قصد الزوج الاضرار بزوجه. وبذلك يبقى المبدأ الفقهى مسلماً — يراجع الحكم الاستثنائى فى مجلة القضاء الشرعى س ٣ ص ١٥٨ وتعليق المجلة بالهامش رقم ١ ص ١١٥ من نفس المجلد. (٣) رقم ١٢٠ مذكرات وقد نصرت بمجلة الأحكام الشرعية س ١ ص ١٠١ و ١٠٢.

(٤) وقد أقامت هذه المذكرة فى بيان ذلك وأشارت بجلاء الى ما يقيد حق الزوج فى الانفصال بزوجه وصرحت بأن من الثبوت ما يرجع للزوج ومنها ما يرجع للملابسات السرى كما تقدم فى التتقيقات ما نعه : • ولما كانت مصلحة الزوجين من الثقة وعدمها لا تتعدد ولا تضيق لأطفالها من غير بيان وجهها اعتماداً على فطنة القاضى وعداوته وحكمته فان من البين أن مجرد كون الزوج فى شخصه مأموناً على زوجته لا يكتفى لتحقيق المصلحة فى الاجبار على الثقة بل لا بد من مراعاة احوال أخرى ترجع الى الزوج والى الزوجة والى البلدان المتول منها والمنقل اليها كأن يكون الباعث على الانفصال مصلحة يتدبها فلما يمكن الحصول عليها بدون الاقترباب . وكأن يكون الزوج قادراً على تحققات اوتعمالها كأمنائها وفى يده فضل ينبغي على الظن أنه لو انجر فيه مثلاً لربح ما يمدد نفقته وثقة بجاله أو صناعة فنية تقوم بمعايشه ومعايشهم وكأن يكون الطريق بين البلدين مأموناً على النفس والعرض والمال . وكأن تكون الزوجة بحيث تقوى على

## ثانياً - في معنى التأديب

للرجل حق تأديب زوجته، وهذا الحق فرع عن كون الرجال قوامين على النساء<sup>(١)</sup>. وأساس هذا الحق في التشريع يرجع إلى قوله تعالى في سورة النساء «واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجوهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً»<sup>(٢)</sup>.  
وشرط التأديب أن تكون المرأة ناشزاً<sup>(٣)</sup>. إلا أن الفقهاء عموماً ذلك

احتمال مشقة السفر من بعدها إلى المكان الذي يريد تحملها إليه وكأن لا يكون المحل الذي يريد تحملها إليه بطبيعته منبأاً للحيات والأوبئة والأمراض وكأن لا يكون الاختلاف بين البلدين في الحرارة والبرودة مثلاً مما لا تحمله الأمزجة والطباع وكأن تكون كرامة الزوجة في موضع قلبها مخوفة ككرامتها في محالها الأصلي وكأن لا يلحقها سبب الاتصال بضرر مادي أو أدبي إلى كثير من الاعتبارات التي يلزم ملاحظتها في مثل هذه الظروف وتختلف باختلاف الأشخاص والمواضع ولا تخفى عن الفاضل الفطن . . . . — وغول أن هذا من خير ما يخال تفصيلاً في هذا الموضوع .

(١) الطبري ج ٥ ص ٣٥ .

(٢) سورة النساء آيتهم ٣٤ . وراجع تفسيرها في الفيضاني ص ١١١؛ والكشاف ج ١ ص ٣٦٣؛ والطبري ج ٥ ص ٣٧ وما بعدها؛ والألوسي ج ٥ ص ٢٢ وما بعدها — وقد استدلل على قيام هذا الحق أيضاً من قوله تعالى «وخذ يسكك ضقتا فاضرب به ولا تحنت إنا وجدناه صابراً نعم المبدإ أنه أواب» سورة من آية رقم ٤٤ . ففي هذه الآية دلالة على أن الزوج أن يضرب امرأته تأديباً ، راجع ذلك في أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٢٨٣ حيث ذكر السياق الذي وردت فيه هذه الآية مما يؤخذ منه جواز تأديب الرجل لزوجته — وكذلك ما روى عن النبي (ص) أنه قال في حجة الوداع «استوصوا بالنساء خيراً فأنما هن عنكم عوان ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجوهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً . . .» راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٦٤ .

(٣) وحمل قول الآية «تخافون نشوزهن» على أن المقصود به «تطعن نشوزهن» وقال البعض أن المقصود أن رأيت منهن ما تخافون منه نشوزهن — وأصل معنى النشوز الارتفاع والمقصود به في الآية ترفعهن عن مطاوعة أزواجهن وعميائتهن لهم . راجع الطبري ج ٥ ص ٣٧ و ٣٨؛ والألوسي ج ٥ ص ٢٢ و ٢٣؛ ونيل المرام ص ١٣٩؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ١٨٩ .

حتى شمل غير حالة النشوز فقالوا ان الزوج أن يؤدب زوجته على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر<sup>(١)</sup>. وقد أدى هذا التوسع في نطاق حق التأديب إلى أن اعتبره فقهاء الشريعة الاسلامية نوعاً من التعزير الذي للقاضي على الناس كافة<sup>(٢)</sup>. وبذلك صار للزوج حق تعزير زوجته كما للقاضي حق تعزير أفراد الناس<sup>(٣)</sup>. ولكن تعزير الزوج لزوجته يتقيد بقيود يتميز بها عن تعزير القضاء فاذا خرج الزوج عن هذه القيود صار متعدياً، وترتبت على ذلك أحكام توجب مؤاخذته عما وقع منه، وتضمنه ما قد ينشأ عن فعله، وحقوق للزوجة قبله.

### المبحث الأول — في قيود حق التأديب

يتقيد هذا الحق بما يتقيد به الحقوق في الشريعة الاسلامية عموماً؛ فهو يتقيد في جواز استعماله ابتداء وحدود هذا الاستعمال بأن يكون استعماله متفقاً مع الغرض المقصود من تشريعه، وبأن لا يتسبب عنه ضرر بالزوجة. ولتتكمّل على هذين الوجهين.

الوجه الاول — أن يكون استعماله متفقاً مع الحكمة المقصودة من تشريعه

شرع حق التأديب لاصلاح حال المرأة إذا ما ظهر لزوجها أنها خرجت عن سواء السبيل<sup>(٤)</sup>. وهذا المقصود هو الذي يحدد استعمال هذا الحق؛ فهو

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٣٤؛ والبحر ج ٥ ص ٥٣. وتراجع المادة ٢٠٩ من قانون الأحوال الشخصية للدرى باشا.

(٢) وما يدل على ذلك أنهم قالوا ان شرط تأديب الزوج لزوجته أن لا يكون الأمر الذي ارتكبته رفع إلى الامام فان كان كذلك فالامام هو الذي يتولى زجرها وإذا رجا صلاحها على يد زوجها وكل اليه ذلك — مواهب الجليل ج ٤ ص ١٥؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ١٧٦.

(٣) وقد عبر الفقهاء عن حق الزوج هذا بأنه تعزير — تراجع البدائع والبحر المرجعان السابقان؛ والزيلى ج ٣ ص ٢١١؛ ومجمع الأنهر ج ١ ص ٦٢٠.

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٥؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ١٧٦؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٤ و٤٥؛ وكفاف القضاء ج ٣ ص ١٢٥.

لا يجوز أصلاً إذا كان لغيره، كأن كان انتقاماً منها وللمجرد الإيذاء<sup>(١)</sup>. وحتى إذا قام سببه فانه يتقيد في كيفيته بما يرجي منه تحقيق هذا المقصود لأنه — كما يقول صاحب منح الجليل — «وسيلة إلى إصلاح حالها والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتب المقصود عليها»<sup>(٢)</sup>. ومن أجل ذلك كانت وسائل التأديب الواردة بالقرآن الكريم هي الوعظ والهجر في المضجع والضرب، وهذه الوسائل متنوعة ومرتبة ترتيباً تصاعدياً بحيث لا يجوز استعمال إحدى الوسائل إلا إذا استنفدت الوسيلة التي قبلها وظهر أنها لا تقيد<sup>(٣)</sup>. فإذا أفادت إحدى الوسائل لم يجوز العدول عنها لما هو أشد منها وذلك بدليل النص «فإن أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً».

وهذا التنوع والترتيب في العقوبة يرجع إلى تنوع طبائع الناس، فمن النساء من يكفيها الوعظ، ومنهن من لا يصلح حالها إلا بأشد من ذلك. ويظهر هذا المعنى جلياً عند تتبع الأدوار التي مر عليها حق التأديب قبل أن تستقر أحكامه تشريعاً، فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم أولاً عن ضرب النساء، فكان ذلك مدعاة لنشوز بعضهن، فلما علم بذلك أباح الضرب<sup>(٤)</sup>. وهذا يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم ما أباح الضرب إلا لما وجد أن من النساء من لم يجد معهن ما هو أقل من الضرب من وسائل التأديب<sup>(٥)</sup>. وعلى ذلك تختلف وسائل التأديب باختلاف الأشخاص.

على أن اعتبار حق الزوج في تأديب زوجته فرعاً عما للقضاء من حق.

(١) المراجع السابقة.

(٢) منح الجليل ج ٢ ص ١٧٦.

(٣) البدائع ومواهب الجليل ومنح الجليل ونهاية المحتاج وكشاف القناع المراجع السابقة؛ والحرمي ج ٤ ص ٨.

(٤) مراجع ذلك في نيل الأوطار ج ٦ ص ٣٦٥.

(٥) وقد نزلت آية التأديب المتقدم ذكرها بعد ذلك — نيل الأوطار المرجع السابق؛ والألم ج ٥ ص ١٧٦.

التعزير يؤدي إلى القول بأن تأديب الزوج لزوجته إذا كان يتقيد في أشده بالضرب ( بالقيود التي سنذكرها فيما بعد ) فإنه لا يتقيد في حده الأدنى بأن يكون إما عظاً أو حجراً في الفراش ، ذلك أن طريقة التعزير متروكة لتقدير القاضي ، وتختلف باختلاف الأشخاص ، فمن الناس من تكفه الإشارة ، ومنهم من يكفه الاغلام ، ومنهم من لا يعظه إلا ما كان أشد من ذلك <sup>(١)</sup> . ولذلك قالوا أنه إذا كان مجرد إيهام الزوجة بإيقاع وسيلة من وسائل التأديب بها كافياً لاصلاحها فلا يجوز العدول عن ذلك إلى إيقاع الفعل بها <sup>(٢)</sup> .

#### الوجه الثاني - أن لا يترتب على التأديب ضرر بالزوجة

والمقصود بالضرر هنا هو الضرر الزائد على الحد أو الضرر الفاحش <sup>(٣)</sup> لأن التأديب ضرر على أي حال، إلا أنه ضرر دعت إليه ضرورة الإصلاح والضرورة تقدر بقدرها وعلى ذلك يكون التأديب بما يزيد على القدر اللازم للإصلاح إساءة تستوجب الجزاء الذي سنتكلم عنه فيما بعد . وكما قلنا أن اللازم من التأديب يختلف باختلاف الأشخاص نقول أن ذلك يقابله أن ما يعتبر ضرراً ممنوعاً يختلف أيضاً باختلاف الأشخاص بينه وأخلاقاً وتربية، فرب زوجة لا يعتبر ضربها من زوجها إضراراً لها ، وأخرى يكون مجرد هجرها أو جرح عواطفها إضراراً بليغاً بها ، ولذلك كان تقدير الضرر الذي يلحق الزوجة من زوجها ويترتب عليه التفريق - كما سيجيء - متروكاً للقضاء نظراً لاختلاف البيئات وتنوع التربية <sup>(٤)</sup> .

(١) الزيلعي ج ٣ ص ٢٠٧؛ ومجمع الأنهر ج ١ ص ٦١٧؛ والبحر ج ٥ ص ٤٤٤؛ ومنحة الحائى على هامشه .

(٢) نيل الأوطار المرجع السابق .

(٣) ويلاحظ أن الضرر الفاحش الناتج عن استعمال حق من الحقوق من أوجه الإساءة يحسب أحكم الفقه الإسلامي كما تقدم ذلك عند الكلام على إساءة استعمال الحق في القرينة عموماً .

(٤) حكم محكمة الجمالية الفرعية في ١٧ سبتمبر سنة ١٩٣١ (٥ جادى الأول سنة ١٣٥٠هـ) المخامة الفرعية س ٣ ص ٤٧٣ رقم ١٢٨ .



وقد كان قعيد استعمال حق التأديب بعدم ترتب ضرر عليه من قيل ما ذكرناه هو الذى دعا فقهاء الشريعة الاسلامية إلى أن يقولوا بالاجماع ان الضرب المباح للتأديب هو الضرب الذى لا يكون شديداً ولا شائناً<sup>(١)</sup>؛ حتى أنه إذا غلب على ظن الزوج أنها لا تترك النشوز إلا بضرب شديد لم يحز له أصلاً أن يؤدبها بذلك<sup>(٢)</sup>. كما حددوا المجرى فى المضجع بما لا يبلغ مدة الايلاء المقدرة شرعاً بأربعة أشهر<sup>(٣)</sup>.

### المبحث الثانى — فى جزاء الخروج عن قيود حق التأديب

إذا خرج الزوج عن القيود المتقدمة وأضر بزوجه بغير سبب شرعى ، أو بما يزيد على القدر اللازم على مامر، كان متعدياً وحق عليه الجزاء . وهذا الجزاء على أنواع تنظم ما يأتى : —

أولاً — زجر القاضى له وتمزيقه بحسب ما يراه ملائماً لذلك<sup>(٤)</sup>.

ثانياً — إذا أحدث الزوج بزوجه ما يسبب وفاتها كان مضموناً عليه ؛ لأن جواز تأديبه لها مشروط بشرط السلامة كما تقدم، والزوج ليس مأموراً

(١) البائع ج ٢ ص ٢٣٤ ؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٨٩ ؛ ومواهب الجليل ج ٤ ص ١٥ ؛ والبيجرى ج ٣ ص ٤٣١ ؛ والافتاح على هامشه ؛ وكشاف الفتاوى ج ٣ ص ١٢٥ . ويلاحظ أن هذا القيد ورد صراحة فى الحديث الشريف السابق ذكره . بل الأوطار المرجع السابق .

(٢) مواهب الجليل ومنع الجليل ونهاية المحتاج والبيجرى المراجع السابقة .

(٣) مواهب الجليل المرجع السابق . .

(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٦ ؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ١٧٧ ؛ والخرفى ج ٤ ص ٨ ؛ والبيجرى ج ٣ ص ٤٣٤ ؛ والافتاح على هامشه ص ٤٣٣ ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٥ ؛ وابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٢ . وقد قضت محكمة تلا للفرعية بحكمها الصادر فى ١٤ ذى القعدة سنة ١٣٤٨ ( ١٣ أبريل سنة ١٩٣٠ ) بمنع زوج من تنفيذ حكم الطاعة على زوجته زماناً ما تنزيراً له وزجراً استناداً على ما صرح به فقهاء الفرعية من أن التنزير ليس فيه عقوبة مقررة بل رأى فيه مفوض القضاة فله حق التنزير بما يراه زاجراً . يراجع الحكم بمجلة المحاماة الفرعية ص ١ ص ٩١١ رقم ٢٢٣ .

بضرب زوجته حتى يقال لا يضمن ، وإنما هو مأذون في ذلك فقط بالقيود المتقدمة (١) . والقياس على هذا يقتضى ضمان الزوج لما يحدثه بها فيما دون الموت (٢) .

ثالثاً — للزوجة ، طبقاً لمذهب الإمام مالك ، أن تطلب التطلق من زوجها بسبب الضرر ، ولها أن لا تطلب ذلك اكتفاء بزجر القاضى وتعزيره له (٣) . وعند الشافعية إذا ساء خلق الزوج مع زوجته وآذاها ( بالضرب مثلاً ) بغير سبب ، ولم ينفع معه نهى القاضى له فإنه يحال بينهما بلاطلاق حتى يعود الزوج للعدل ، وتستمر النفقة واجبة على الزوج في هذه المدة (٤) .

(١) الزلى ج ٣ ص ٢١١ ؛ والبحر ج ٥ ص ٥٣ ؛ وابن عابدين ج ٣ ص ٢٦٢ .  
(٢) راجع مواهب الجليل ج ٤ ص ١٥ حيث أورد ما نصه « من ضرب امرأته عمداً قضى عليه بما جرى من حق وهو يختلف باختلاف البلدان » و « من ضرب زوجته ثم اصطلما بعتاه فهو لازم له » .

(٣) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٦ ، والحرقى ج ٤ ص ٨ .  
وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمجواز التطلق للضرر علماً عن مذهب الإمام مالك وذلك في المادة السادسة منه ، وسيأتى ذكرها فيما بعد . وراجع في تطبيق هذه المادة حكم محكمة الجالية الفرعية الصادر فى ١٧ سبتمبر سنة ١٩٣١ ( ٥ جمادى الأولى سنة ١٣٥٠ ) والسابق الإشارة إليه ) .

(٤) راجع في ذلك نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٥ ؛ والبيجى ج ٣ ص ٤٣٤ .  
وقد أثار هذا الموضوع خلافاً شديداً بين بعض العلماء المعاصرين وذلك لمناسبة صدور حكيم متناقضين في موضوع الاشكال الذى يرفع من الزوجة في تنفيذ الحكم الصادر عليها بطاعة زوجها ويكون الاشكال مستنداً إلى أن زوجها يضربها ويؤذيها . فقد حكمت محكمة منوف الفرعية برفض هذا الاشكال مستندة الى أن الزوجة ليس لها الامتناع عن تسليم نفسها لزوجها « الا لأسباب معينة ذكرت في كتب الفقه ولم يرد من بينها أن ضرب الزوج وإيذاؤه لزوجته يمنحها الحق في عدم تسليم نفسها إليه » — حكم صادر فى ٢ جمادى الأولى سنة ١٣٤٠ ( ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢١ ) بمجلة القضاء الشرعى س ١ ص ٧٠ — وحكمت محكمة أبو تيج الفرعية بقبول هذا الاشكال ووقف تنفيذ حكم الطاعة مستندة الى أن الفقهاء نصوا على أن من بين شروط وجوب طاعة الزوجة أن يكون زوجها أميناً عليها في نفسها ولا أمانة عليها مع الضرب المبرح — حكم صادر فى ٥ ربيع الأول سنة ١٣٤١ ( ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٢٢ ) بمجلة القضاء الشرعى س ١ ص ٣١٥ . ففترت عدة بحوث منها ما يؤيد ما ذهب إليه محكمة منوف

## الفصل الثاني

### في المباشرة الجنسية

قدمنا أن الغرض الأصلي من شرعة النكاح هو ضمان التناسل وحفظ النسل والقيام عليه على الوجه الأكمل، وأن التناسل سبيله اجتماع الذكور بالأناث، والزواج هو طريقة تنظيم هذا الاجتماع ليتحقق الغرض المقصود منه. ومن أجل ذلك كان من أحكام النكاح حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر. وهذا الحل مشترك بينهما، فإن المرأة كما تحل لزوجها فزوجها يحل لها (١).

والفعل المادى لاستمتاع أحد الزوجين بالآخر لا يمكن أن يتفرد به

---

ومنها ما يؤيد ما قضت به محكمة أبو تيج. فنرى الرأي الأول مقالان بامضاء (زفر) نصراني مجلة القضاء الشرعي ص ١ أولهما ص ٣٦٧ بعنوان « حول الاشكال في تنفيذ طاعة الزوج بضرب ويؤذى » والثاني بنفس العنوان بالمجلة نفسها ص ٩٩. وله تصحيح بصفحة ٦٧٠ منها. ومن الرأي الثاني مقال للشيخ محمود عرنوس بعنوان « بحث وملاحظة » بالمجلة نفسها ص ٥٢٢ ومقال آخر عنوانه « حول بحث ضرب المرأة واينائها » بامضاء « أبو يوسف » بالمجلة نفسها ص ٥٢٧. وقد اختط الأستاذ أحمد أمين سيلا وسطاً بين الرأيين في مقال له عنوانه « ضرب الزوجة » بنفس المجلة ص ٤٥٨ قال فيه يوجب التفريق في الحكم ومراعاة الظروف المحيطة بالضرب وذلك يؤدي الى الأخذ برأى محكمة منوف في بعض الحالات ويرأى محكمة أبو تيج في حالات أخرى بغير تناقض. وهذا الرأي الأخير هو الأصوب في الموضوع على ما نرى. وراجع فيما يوافق هذا الرأي حكم محكمة الجالية الشرعية الصادر في ١٧ سبتمبر سنة ١٩٣١ والسابق الاشارة اليه.

على أن هذا الموضوع لم يصبح له أهمية عملية كبيرة بعد صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الذي أباح التطليق للضرر. ومع ذلك يراجع حكم محكمة تلا الشرعية الصادر في ١٣ ابريل سنة ١٩٣٠ والسابق الاشارة اليه.

أحدهما، بل لابد من مشاركتها معا حتى يحصل هذا الاستمتاع. وهذه المشاركة تدعو إليها طبيعة الفعل ذاته. ومن أجل ذلك يتعين البحث في طبيعة هذا العمل من الناحية الفقهية بالنسبة لكل منهما عند البحث في تحديد مركز كل من الزوجين قانوناً بالنسبة لصاحبه. وبعبارة أخرى يتعين البحث أولاً فيما إذا كان الاستمتاع — وهو السيل المؤدى للتناسل الذى هو الغرض الأصل من النكاح كما تقدم — حقاً أو واجباً. وهنا نبدأ بالقول بأنه لا وجوب في ذلك <sup>(١)</sup>. ونعيد ماسبق أن قلناه من أن الشهوة الجنسية طبيعية في الانسان، يقوم الشخص بأشباعها لمصلحته الخاصة، وهو ليس في حاجة الى أن يبحث عليها، فداعية الطبع هنا تقوم مقام الوجوب الشرعى. ويبقى بعد ذلك القول بأن المباشرة الجنسية حق. وهنا يمتن التساؤل عما إذا كانت حقاً متبادلاً لكل من الزوجين قبل صاحبه، أو أنها حق لأحدهما وواجب على الآخر، وفي هذه الحالة الأخيرة من هو صاحب هذا الحق ومن المثلث بالواجب المقابل له؟

وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في ذلك الى فريقين، فقال بعضهم ان المباشرة الجنسية حق لكل من الزوجين في مواجهة صاحبه، بحيث يكون لآيهما مطالبة الآخر بالوطء ويجبر عليه قضاء. ومن هذا القول المالكية والحنابلة وأهل الظاهر <sup>(٢)</sup>. ووجه هذا القول هو أن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، وهو مفض الى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كافتائها الى دفعه عن الرجل، فيكون الوطء حقاً لهما جميعاً <sup>(٣)</sup>. وأصحاب هذا

(١) والقصود بالوجوب هنا هو أن يكون الواجب على الطرفين بحيث أن تراضيهما على ترك هذا العمل لا يخليهما من هذا الواجب.

(٢) يراجع في ذلك مواهب الجليل ج ٤ ص ١١؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ١٧٠ و١٧١؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١١٤؛ وشرح المنهى ج ٣ ص ١٦٦؛ وابن تيمية في فتاويه ج ٢ ص ٢٣٤ والمجلد ج ٩ رقم ١٨٨٦ و١٨٨٧ ص ٤٠ — وقد قالوا ان طلب المرأة الوطء عند الحائض لا يناقض الحياء الممدوح ولا للرؤية للستحسنة لانه مقصود النكاح فاذا عقدته علم الكل أنه له فاذا تمتع جاز طلبه ديناً وحسن مروة. يراجع في ذلك مواهب الجليل ج ٤ ص ١١.

(٣) كشاف القناع للرجع السابق.

الرأى متفقون على أن للزوج أن يباشر زوجته في أى وقت مالم يكن بها عند شرعى كنفاس أو حيض أو مرض ... الخ؛ إلا أنهم اختلفوا فيما يقضى به على الرجل من الوطء تنفيذاً لحق المرأة قبله. فقال بعضهم يلزم الزوج بمباشرة زوجته كل أربعة أشهر مرة على الأقل وذلك قياساً على مدة الإيلاء المقدرة شرعاً بأربعة أشهر وسيأتى الكلام عنها فيما بعد <sup>(١)</sup>. ومنهم من قال بأن أقل ما يقضى به على الزوج مرة كل أربع ليال لأن له أن يتزوج أربع نسوة والقسم بينهم يجعل لكل واحدة ليلة. ومنهم من قال مرة كل ثلاث ليال أخذاً من قوله تعالى «لذكر مثل حظ الأنثيين». ومنهم من قال في كل طهر مرة اتباعاً لقضاء أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، وأساس هذا الرأى أن الجماع مرة في الطهر يجعل المرأة <sup>(٢)</sup>. ومنهم من ترك تقدير ذلك تبعاً لحال كل من الزوجين <sup>(٣)</sup>.

ويرى البعض الآخر من الفقهاء أن المباشرة الجنسية حق خالص للزوج وواجب على الزوجة. ومن هذا الرأى الشافعية <sup>(٤)</sup> والحنفية <sup>(٥)</sup>. ولا يجب على الزوج قضاء الا مرة واحدة في العمر <sup>(٦)</sup>. والظاهر من قول فقهاء الزيدية أنهم كالشافعية والحنفية في ذلك <sup>(٧)</sup>. وقد انتقد هذا الرأى الأخير بأنه يتنافى

(١) تراجع في هذا الرأى كشاف القناع وشرح المنهاى وفتاوى ابن تيمية للراجح السابقة.

(٢) تراجع في ذلك مواهب الجليل ومنع الجليل والحلى للراجح السابقة.

(٣) فتاوى ابن تيمية ج ٢ ص ٢٣٢ - وقد أوضح ذلك في الاختيارات الطبية لابن

تيمية بأنه يجب على الزوج وطء امرأته بقدر كفايتها مالم يهلك بدنه أو تشغل عن مشيخته غير مقرر مدة فإن تنازعا ينبغي أن يخرضه الحاكم كالنفقة. تراجع الاختيارات ص ١٤٦.

(٤) نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٣٨ و ١٥٤ وج ٦ ص ٣٦؛ وحاشية الشبراملى على

حاشية ج ٥ ص ١٣٨.

(٥) البدائع ج ٢ ص ٣٣١؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٣٥٥ و ٣٥٦.

(٦) ابن عابدين ج ٢ ص ٤٧١؛ وفتح القدير ج ٢ ص ١٨٠ - وتراجع للمادة ١٥١

من قانون الأحوال الشخصية لقدرى باشا.

(٧) تراجع للتتبع ج ٢ ص ٣١٠ و ٣١٢ والتعليقات التى بالمعاش.

مع الطبيعة البشرية، ومع النصوص الفقهية الأخرى التي تتيح لحيار اللبرأة إذا كان الزوج عتيماً والتي تلزمها بالمحافظة على عفتها، وبذلك يلحقها ضرر كبير<sup>(١)</sup>.  
الا أن القول بأن المباشرة الجنسية حق لكل من الزوجين قبل الآخر مسألة فيها نظر، لأن الفعل المادى المكون لها لا يمكن أن ينفرد به أحد الطرفين، بل لابد من اشتراكهما معا كما تقدم، فكيف يكون الفعل الواحد الذى لا يمكن أن يقع الا من شخصين معا حقاً وواجباً في نفس الوقت بالنسبة لـهذين الشخصين؟ لا يمكن أن يكون ذلك لأن القول به يؤدي الى التعارض الذى يهدم الحقين معا؛ ذلك أن للحق مظهرين: مظهراً ايجابياً في استيفائه، وآخر سلبياً في الامتناع عنه في هذه الصورة التي لدينا اذا أراد أحد الزوجين أن يستوفي حقه وامتنع الآخر فكيف يكون الحل وكل منهما يتصرف في خالص حقه؟ اذن لا بد منعاً للتناقض من أن تقرر أن المباشرة الجنسية حق لأحدهما وواجب على الآخر. والحق هنا للزوج لأنه حق له باتفاق المذاهب والخلاف في الزوجة فقط.

وعلى هذا الأساس أى على أساس أن المباشرة الجنسية حق للزوج وواجب على الزوجة نبحث في مدى استعمال هذا الحق وما يتقيد به<sup>(٢)</sup>.

(١) اراجع كلافل (Clavel) ج ١ بند ١٧٥ — ويقول هذا المؤلف ان الحنية وحدهم الذين يقولون أن للزوج حق الامتناع عن اتيان زوجته وعد الناقصة ممن يقولون بالعكس — بند ١٧٦ من مؤلفه المشار اليه — وهو قول غير صحيح كما نهدم في المتن.

(٢) على أن الخلاف المتقدم في اعتبار المباشرة الجنسية حقاً للزوج أو أنها حق متبادل بين الزوجين — هذا الخلاف مقصور على الناحية القضائية فقط وأما ديانة فباتفاق المذاهب هو حق لكل من الزوجين قبل الآخر. اراجع للمراجع السابقة؛ والبحر ج ٣ ص ٢٣٥؛ وفتح القدير ج ٢ ص ١٨٥؛ والغرنبلال في رسالة الفهم ص ١٩٨ هناك — ويلاحظ أن التعارض الذى أشرنا اليه في المتن لا عمل له هنا لان هذه مسألة خارجة عن سلطان القضاء وتهديره المحدود لدى وهي ترجع الى العدل الالهى المطاع على الثبات وهي أساس الحل والحزمة اذ لا تقصير مع المنع.

### المبحث الأول — فيما يباح عمله تطبيقاً لهذا الحق

أول ما يتقيد به حق الزوج في مباشرة زوجته هو أن يكون عمله مطابقاً لما يقضى به الشرع، وما يقضى به الشرع في ذلك هو ما يوافق الحكمة التي من أجلها صار الاجتماع الجنسي وهي التناسل، وبذلك كان الاجتماع الجنسي المباح هو الاجتماع المؤدى عادة للتناسل. وهو ما أمر به في القرآن الكريم في قوله تعالى «فأتوهن من حيث أمركم الله» (١) و«نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم» (٢)؛ فإن الآية الثانية مفسرة للأولى ومبينة لما أمر الله به، وهذه الآية الأخيرة تدل على أن الاتيان المأمور به هو المؤدى للتناسل لأن الحرث هو مكان الاتاج (٣). وهذا هو مدى ما يباح عمله شرعاً، فهو محدد في نطاقه المادى بما يتفق والحكمة الغائية لهذا الحق.

### المبحث الثانى — فيما يتقيد به استعمال هذا الحق

ان استعمال هذا الحق يتقيد هو الآخر بما تتقيد به الحقوق في الشريعة الاسلامية عموماً، وهو أن لا ينتج عن استعمالها ضرر. وإذا لوحظ أن الشهوة الجنسية قائمة بالمرأة كقيامها بالرجل تبين أن امتناع الزوج عن اتيان زوجته قد يؤدى الى الاضرار بها. وصورة الامتناع هذه من مظاهر اعتبار المباشرة الجنسية حقاً للزوج، فان مقتضى هذا الاعتبار أن يكون للزوج استيفاء هذا الحق أو الامتناع عن ذلك، وفي الحالتين يعتبر متصرفاً فيما له حق فيه. ولم

(١) سورة البقرة آية رقم ٢٢٢.

(٢) سورة البقرة آية ٢٢٣.

(٣) يراجع في ذلك الكشف ج ١ ص ٢٦٤؛ واليضأوى ص ٤٨؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٣٥١ وما بعدها؛ ونيل المرام ص ٥٢ و ٥٣؛ والحرشى ج ٣ ص ١٩٣.

يقصر تقييد الشارع لحق الزوج هذا على مظهره الايجابي وانما شمل أيضاً المظهر السلبي وليان ذلك نقول .

### أولاً - في المظهر الايجابي لهذا الحق.

يتقيد حق الزوج في مباشرة زوجته بوجوب أن لا يجامعها جماعاً يضر بها ، وبعبارة أخرى لا يكون للزوج أن يطأ زوجته اذا كان الوطء يترتب عليه ضرر بالزوجة وذلك لحديث « لا ضرر ولا ضرار » <sup>(١)</sup> . ومظاهر الضرر التي قد تنشأ عن هذا الفعل كثيرة ، وأظهرها عندما تكون الزوجة بحيث لا تقوى على تحمل الفعل ، ولذلك نصوا على أنها لا تسلم لزوجها في هذه الحالة ولو كانت بالغاً <sup>(٢)</sup> . واذا دخل الزوج بزوجه وظهر أن الاجتماع الجنسي يضر بالزوجة اما لسبب خلق بهما أو لسبب طاريء فليس للزوج في هذه الحالة أن يجامعها <sup>(٣)</sup> . وكذلك الحكم لو أفرط الزوج بحيث تضررت الزوجة ، فانه يحذر من حقه بالقدر الذي يرتفع به الضرر <sup>(٤)</sup> . وليست الفروض التي ذكرها فقهاء الشريعة للضرر الناشئ عن فعل الجماع هي الوحيدة في هذا الموضوع ، فهناك كثير غيرها مما لم يتجه تفكيرهم اليه في زمنهم ، ولعل أظهر ما في ذلك هو إصابة الزوج بمرض مما ينتقل بالاختلاط الجنسي .

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ١١١ ؛ والتنزيع المختار ج ٢ ص ٣١١ هامش رقم ٦ و ٧ .

(٢) رسالة الفضل للمرنبلالي ص ٢١٥ عيين .

(٣) كشاف القناع ج ٣ ص ١١٠ ؛ وشرح المنتهى بهامشه ج ٣ ص ١٦٠ .

(٤) كشاف القناع المربع السابق — ولاحظ أن فقهاء المريعة الإسلامية لم يخرجوا هذه المنازعات من حيز سلطان القضاء بل انهم أجازوا الدعوى بهذه الامور وأجازوا للقاضي اذا تنازع الزوجان في هذا الامر أن يهرسه كالثقة كما أجازوا له عند البحث في الضرر الناشئ عن فعل الجماع أن يستعين في تكوين عقيدته بمن يراه من أهل الخبرة ممن يثق بهم . مراجع في ذلك كشاف القناع ج ٣ ص ١١٠ و ١١١ ؛ وكذلك الخرشى ج ٤ ص ٢٢١ ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٥٥ .



وقد افترض الفقهاء حالات يحدث فيها الزوج بزوجته أضراراً في جسمها عند ما يطأها، أو أن يكون اجتماعه بها مسيئاً لموتها، ونصوا على أن الزوج يضمن في هذه الحالات وتلزمه الدية على حسب الأحوال. ووجه ذلك عندهم أن الزوج مأذون في الوطء لافي أحداث الضرر بزوجته أو قتلها فإن تسبب في شيء من ذلك كان متعدياً فيما يفعل ويكون مضموناً عليه <sup>(١)</sup>.

### ثانياً — في المظهر السلبي لهذا الحق .

هنا تظهر الاساءة بشكل أوضح وذلك بامتناع الزوج عن غشيان زوجته، إذ أنه بامتناعه يعطل عليها سبيل اشتباع شهوتها الجنسية. ويظهر ذلك غالباً عند ما يكون الزوج متزوجاً بأكثر من واحدة فقد يترك وطء إحدى زوجاته متعمداً لإضرار بها، وهذا الفعل غير جائز وحرام ديانة <sup>(٢)</sup>.  
على أن جزاء المنع ليس مقصوراً على الحرمة الدينية، فقد فرضت الشريعة أحكاماً تترتب على هذا العمل قضاءً، وهذه الأحكام تنظم فرعين هما :  
التطليق للضرر، وحكم الإيلاء.

### ١ — التطليق للضرر

للزوجة طبقاً لمذهب الإمام مالك التطليق جبراً على الزوج طلاقاً واحدة تبين بها بسبب الضرر الذي يصيبها من زوجها. وقد مثلوا للضرر الذي من

(١) وهذا قول المالكية وأبي يوسف من الحنفية — تراجع في ذلك تناوى الفيض عيسى ج ١ ص ٢٩٢ و ٢٩٣؛ وبدائع الصنائع ج ٧ ص ٣١٩ و ٣٢٠. ويرى الإمامان أبو حنيفة ومحمد أن الزوج لا يسأل عن ذلك لأنه مأذون في الوطء شرعاً فلتقول منه لا يكون مضموناً كالباكورة — البدائع للمرجع السابق؛ ورسالة الدية ص ١٧ و ٦٥. إلا أن هذا القول إن صح بالنسبة لباكورة فهو لا يصح بالنسبة لما يحدث من أضرار أخرى بالزوجة وتطبيق القواعد للقواعد تهديد استعمال الإنسان لحقه يؤدي إلى ترجيح قول الإمام أبي يوسف على قول زميله .

(٢) تراجع للمدونة ج ٢ ص ١٩٨ .

هذا القليل بأن يقطع كلامه عنها أو يحول وجهه في الفراش عنها<sup>(١)</sup>. ومرجع ذلك في التشريع حديث « لا ضرر ولا ضرار » الذي تقدمت الإشارة إليه مراراً<sup>(٢)</sup>. وتطبيق هذا الأصل على الفروض المختلفة الممكن تصورها للضرر يجعلنا ندخل في حكم ذلك الحالة التي سبق أن تكلمنا عنها وهي حالة ما اذا كانت الزوجة تتضرر من اتیان زوجها اياها لسبب مما تقدمت الإشارة إليه . وقد أخذ المشرع المصري بقاعدة التظليق للضرر في المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها :

« اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق وحيثئذ يطلقها القاضي طلاقاً باتة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكيمين وقضى على الوجه المبين بالمواد ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ »<sup>(٣)</sup>.

وقد قضى تطبيقاً لهذه المادة بأن المجرى في المضجع مدة لا تحتملها الزوجة يبيح التظليق للضرر، وأن المناط في التظليق بسبب الضرر وقوع ذلك الضرر ولا دخل لكونه باختيار الزوج أو قهراً عنه، ولا يمنع من التظليق وقوع

(١) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٧؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ١٧٩ .

(٢) تراجع من الجليل المرجع السابق . وعند المناظرة اذا تضرر الوطء لسبب الزوج فهو كالنكاح اذا تضررت ليفسخ والفسخ لتضرر الوطء أولى من الفسخ لتضرر النفقة — كشف الغطاء ج ٣ ص ١١٤ .

ويرى الامام ابن تيمية أن « حصول الضرر للزوجة بترك الوطء مقتضى للفسخ بكل حال سواء كان بقصد من الزوج أو غير قصد ولو مع قدرته وعجزه كالنكاح وأولى للفسخ بعجزه في الايلاء اجماعاً » تراجع الاختيارات ص ١٤٦ .

(٣) وقد أخذ مشروع تعديل قانون الاحوال الشخصية السابق الإشارة اليه بقاعدة التفريق بين الزوجين للضرر وبيئت أحكام هذه الفرقة بالمواد ٢٢٩ الى ٢٣٥ من المرسوم — تراجع الاحوال الشخصية للاستاذ أحمد ابراهيم بك بند ٤٧٥ ص ٣٢٦ و ٣٢٧ حيث أورد نص هذه المواد من المرسوم .

زوال الضرر ما دام أنه قد وقع فعلاً<sup>(١)</sup>.

ب - الإيلاء

قد يحدث أن يتمتع الزوج عن إتيان زوجته عمداً بغير عذر لديه ، وقد يظهر الزوج عزمه على ذلك بدليل ظاهر أو يؤكده فيحلف على ذلك فيقال له مول ويسمى عمله هذا إيلاء<sup>(٢)</sup> . وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن من حلف بالله عز وجل أن لا يجامع زوجته مدة أكثر من أربعة أشهر كان مولياً<sup>(٣)</sup> . وحكم الإيلاء أن الزوج اذا وطئ زوجته في أربعة الأشهر انحل الإيلاء ولزمته كفارة اليمين ، واذا مضت المدة ولم يجامع زوجته فانها تطلق منه طلاقاً بائناً بمجرد مضي المدة ، وذلك عند الحنفية<sup>(٤)</sup> . وأما عند باقي

(١) محكمة شين القنطار الجزئية الفرعية في ٨ جمادى الآخرة سنة ١٣٥١ (١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٢) المحاماة الفرعية س ٤ ص ٣٢٨ رقم ١٠٥ — ومع ذلك تراجع حكم محكمة الباط الفرعية في ١ يناير سنة ١٩٣٠ (٦ شعبان سنة ١٣٤٨) فقد قضى بأن الضرر الموجب للتفريق يقتضي الرسوم بمقتضى رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ خاص بالضرر الناشئ عن الشقاق والتنازع بين الزوجين للالزام غير القابل لزوال الذي في قدرة الزوج انزاله بالزوجة وفي قدرة الحكمين معالجته وليس في قصر الزوج عن درجة البلوغ الشرعي وعدم امكان إتيان الزوجة لأن القصر عارض لا يثبت أن يزول متى صار الزوج مكلفاً — المحاماة الفرعية س ١ ص ٥٢٨ .

(٢) والإيلاء في اللغة الحلف وقد اختص في الشرع بالحلف على ترك جامع الزوجات بفروض مخصوصة — مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٣٢١ وأحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٢٥٥ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٨٦ والبدائع ج ٣ ص ١٦١ .

(٣) راحة الأمة ج ٢ ص ٩٣ ولليزان للشراف ج ٢ ص ١٠٥ . وعند الحنفية مدة الإيلاء من أربعة أشهر فصاعداً وذهب البعض إلى أن الحلف على ترك الجماع وقتاً ما وإن كان أقل من أربعة أشهر يعتبر إيلاء يضرب فيه المولى الأجل ويرى البعض أن المولى هو من حلف أن لا يعيب امرأته على التأنيث . تراجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٨ . وقد اختلفوا فيها إذا حلف بغير الله تعالى كالطلاق وإيجاب المبادات والصدقة ... الخ . فقال الحنفية والشافعية انه يعتبر مولياً سواء كان إيلاؤه هنا بقصد الأضرار بها أو لمنع الضرر عنها كأن تكون مريضة ، وقال مالك لا يعتبر مولياً إلا اذا كان ذلك حال الغضب أو بقصد الأضرار بها ، وقال أحمد لا يكون كذلك إلا اذا كان قاصداً الأضرار — راحة الأمة ج ٢ ص ٩٤ .

(٤) المعناية ج ٢ ص ٩٩ وجميع الأنهر ج ١ ص ٤٤٤ .

الأئمة فلا تطلق بمضى المدة وإنما للزوجة أن تطالبه إما بالوطء وإما بالطلاق فان امتنع عنهما طلق عليه الحاكم <sup>(١)</sup>.

والأساس التشريعي للإيلاء هو قوله تعالى في سورة البقرة « للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاءوا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم » <sup>(٢)</sup>.

وفي وقوع حكم الإيلاء معنيان أولهما منع الضرر الذي يصيب المرأة من ترك الزوج جماعها <sup>(٣)</sup>. وهذا المعنى ظاهر من أصل تشريع هذا الحكم، فقد كان أهل الجاهلية يؤولون السنة والستين وأكثر من ذلك يقصدون مضارة النساء، فنزلت الآية موقفة الإيلاء بمدة أربعة أشهر دفعا للضرر عن الزوجة <sup>(٤)</sup>. ولعل هذا المعنى هو الذي حدا بالمالكية والشافعية والحنابلة الى القول بأن الطلاق لا يقع بمجرد انقضاء المدة وإنما بطلب الزوجة ولها أن تعني زوجها من الوطء <sup>(٥)</sup>. ولعل ذلك أيضاً وجه قول من قال بأن الزوج لا يكون مولياً الا بشرط أن يكون حلفه على وجه الضرر بها <sup>(٦)</sup>. وهو أيضاً ما دعا الامام مالكا الى القول بأن حكم الإيلاء يلحق الزوج اذا ترك

(١) راحة الأمة المرجع السابق؛ والميزان للفراني ج ٢ ص ١٠٦ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ١٦٣؛ وكشاف الفتاوى ج ٣ ص ٢٢٢ و ٢٢٣.

وروى عن الشافعي وأحمد رأي في أن القاضي لا يطلق وإنما يضيق على الزوج حتى يطلق — راحة الأمة وميزان الفراني للرجلان السابقان. وهو قول أهل الظاهر — المحلى ج ١٠ رقم ١٨٨٩ ص ٤٢. وهناك رأي يقول أن الق. يقطع عن الزوج الكفارة. يراجع في ذلك مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٣٢٩؛ ونيل المرام ص ٥٩.

(٢) آية رقم ٢٢٦ و ٢٢٧.

(٣) يراجع المبسوط ج ٦ ص ٥ حيث ذكر أن في الإيلاء معنى قطع الامساك بالمعروفة على وجه الاضرار والتعنت.

(٤) مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٣٢٢؛ ونيل المرام ص ٥٨.

(٥) كشاف الفتاوى ج ٣ ص ٢٢٢؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ١٦٣ و ١٦٤.

(٦) مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٣٣١ و ٣٣٢؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٣٥٦.

الوطء بقصد الاضرار وان لم يحلف على ذلك لأنه سواء حلف أو لم يحلف فالضرر واقع في الحالتين جميعاً<sup>(١)</sup>.

وأما المعنى الثاني فهو عقاب الزوج لأنه بامتناعه عن الوطء بغير عذر صار ظالماً لتفويت حق زوجته في الجماع (ديانة أو قضاء على رأى من يقول بأنه حق لها)<sup>(٢)</sup>، أو لاساءته في استعمال حقه على اعتبار أن الجماع حق للزوج كما بينا. ولعل هذا المعنى الثاني هو ما دعا علماء الحنفية الى القول بأن الطلاق يقع بمجرد انتهاء المدة، ويقع باثنا فلا يكون للزوج حق المراجعة.

\*\*\*

هذا مدى ما يتقيد به حق المباشرة الجنسية وجزاء التجاوز فيه. وهذه القيود كما قدمنا ترمى الى منع الضرر الذى يلحق بالزوجة، وعقاب الزوج على ما يقع منه من إساءة في استعمال حقه تسبب هذا الضرر. ولكن منع الضرر مقصور على الضرر المستقبل برفع السبب المهيء له وهو رابطة الزوجية، وجميع ما ذكرناه من الأحكام لا تأثير له فيما وقع من ضرر في الماضي وليست كفيلة بتعويضه، كما أن عقاب الزوج بالتطليق لا يقتصر أثره عليه فقط وإنما ينسحب على الزوجة أيضاً بزوال الزوجية وقد يبنى عليه ضرر بالزوجة في نفس الوقت، فهو عقاب غير مقصور على المسيء وهو الزوج في هذه الصورة. فهل هناك من سبيل لعقاب الزوج المسيء بما لا ينسحب أثره على الزوجة؟ وهل في الشريعة الإسلامية ما يسمح بتعويض الزوجة عما لحقها من ضرر في الماضي من قبيل ما أشرنا اليه في هذا المقام؟

أما عن عقاب الزوج المسيء فقد تعرض له فقهاء الشريعة بمناسبة الكلام على الزوج تكون له أكثر من زوجة فلا يعدل بينهما ويترك واحدة ويقيم

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ٨٨.

(٢) تراجع في هذا المعنى البدائع ج ٣ ص ١٦١.

مع الأخرى . وقد عرض العلامة ابن نجيم في كتابه البحر الرائق لهذا الموضوع ، فبعد ان ذكر الخلاف الواقع في وجوب الوطء على الزوج قضاء ويتن أن الوطء يجب عليه أحيانا قال ان الزوج اذا ترك إحدى زوجتيه وأقام عند الأخرى فانه يأثم ويقضى عليه أن يستقبل العدل بينهما ( في المستقبل ) فاذا عاد بعد ما نهاء القاضي أوجعه عقوبة وأمره بالعدل لأنه أساء الأدب وارتكب ما هو حرام عليه وهو الجور فيعزر في ذلك واذا عزر فتمزيه يكون بالضرب ولا يعزر بالحبس لأن الحبس في ذاته يفوت حق المرأة فيما يمتضى من مدته <sup>(١)</sup> .

وأما عن تعريض المرأة عما فاتها وما أصابها من ضرر من جراء ذلك فلم نثر على نص صريح فيه ، إلا أننا عثرنا على نصوص لفقهاء المالكية والحنابلة قد تمهد السبيل لذلك . فقد نص المالكية على أنه يجوز لأحدى زوجات الرجل أن تشتري يومها من ضررتها كما يجوز ذلك للزوج أيضا ويكون العوض عن الاستمتاع أو عن إسقاط الحق <sup>(٢)</sup> . فكأنهم اعتبروا حق الزوجة في الاستمتاع مقوما وأجازوا أخذ عوض عنه ، وما دام الأمر كذلك يمكننا القول بأن العوض يستحق على من يفوت هذا الحق على صاحبه بغير موجب ولو كان المتسبب في ذلك هو الزوج ما دام قد ثبت أنه مسيء . والظاهر من قولهم أن المقصود بالشراء ليس مجرد حق القسم والبيتوتة وإنما هو الحق في الوطء بدليل أنهم قالوا انه مكروه ولكن شراء المرأة أشد كراهية من شراء الرجل لأن المرأة لا تدري ما يحصل لها بما أعطت فقد لا يصيبها في

(١) البحر ج ٣ ص ٢٢٥ .

(٢) منح الجليل ج ٢ ص ١٧٤ ؛ ومواهب الجليل ج ٤ ص ١٢ ؛ والتاج والاسكندر على هامش في اللوح المذكور . وقد قالوا ان في تسميته شراء مساحبة لان المبيع لا يكون الا تافها وانما هو إسقاط حق — منح الجليل للرجع السابق .

تلك الليلة والرجل يدرى ما يحصل له <sup>(١)</sup>.

وقد جاء في كتاب الاختيارات العلية عن الامام ابن تيمية أن مذهبه لا يجوز أن تأخذ الزوجة عوضا عن حقها من المبيت وكذا العطاء، الا أن جامع هذا الكتاب علق على ذلك بقوله: ان قياس المذهب عندى جواز أخذ العوض عن سائر حقوقها من القسم وغيره لأنه اذا جاز للزوج أن يأخذ العوض عن حقه منها جاز لها أن تأخذ العوض عن حقها منه لأن كلا منهما منفعة بدنية وقد نص الامام أحمد في غير موضع على أنه يجوز أن تبذل المرأة العوض ليصير أمرها يدها <sup>(٢)</sup>. ونقول ان في هذا القول ما يؤيد ما استتجناه من أقوال علماء المالكية.

(١) منح الجليل والتاج والاكمل المرجان السابحان .

وقد عرض على القضاء المصرى قضية موضوعها يدخل فيما تبحث فيه فقد تزوج رجل ثم هجر زوجته فاستصدرت عليه حكما من البطرركانة بالنفقة ورفعت بسد ذلك دعوى أمام المحكمة الأهلية تطالب زوجها بصويص لانه رفض مساكنتها ومما فرتها بغير سبب فقضت لها المحكمة بصويص على زوجها على اعتبار أن عقد الزواج يقضى على الزوج بسدة واجبات أدبية ومادية ومن ضمنها واجب القيام بمهام زوجها وحكم البطرركانة مبنى على عدم قيام الزوج بسمى من هذا الواجب الاخير ليس الا وأما حكم المحكمة بالتصويص فقد بنى على امتناع الزوج عن الوفاء بما عدا ذلك من الواجبات الاخرى التى يقضى بها عقد الزواج وعلى الفرار الأدبى الذى يلحق بالزوجة من جراء ذلك وذكرت المحكمة من ضمن الواجبات التى على الزوج لزوجته أن يضمن لها طول عهد المعصرة حياة اجتماعية لا تختلف عن حياته هو فى شيء راضيا اياها أن تكون أما لبيته تاركها فى حل من التمتع بما ينتج ذلك من سررات المعاصرة الزوجية .. راجع حكم محكمة الاستئناف الأهلية الصادر فى ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٨ المجموعة الرمنية ص ٩٠ ص ٨٩ رقم ٣٩ . ويلاحظ أن هذا الحكم قضى بالتصويص على أساس التضييق فى الواجب وليس الاساءة فى الحق وهذا يوافق حكم القانون الكنسى فى ذلك فهو يعتبر للباصرة الجنسية حقا لكل من الزوجين قبل صاحبه — راجع فى ذلك المجموع المسمى لابن الصال ص ٢٤٤ رقم ١٠٥ . وقد سبق أن ذكرنا رأيا لفقهاء الفرعة الاسلامية يفتى مع وجهة النظر هذه فى هذا الموضوع . من هنا يظهر وجه الاشارة لهذا الحكم فى موضوعنا .

(٢) راجع كتاب الاختيارات ص ١٤٧ .

## الفصل الثالث

### في حق الزوجة في النفقة \*

اتفق علماء المسلمين على أن النفقة حق للزوجة على زوجها <sup>(١)</sup> . وأساس ذلك من التشريع يرجع الى الكتاب الكريم والسنة الشريفة وإجماع المسلمين . فأما عن الكتاب فلقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » <sup>(٢)</sup> ، وقوله تعالى « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم » <sup>(٣)</sup> ، وقوله « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق بما آتاه الله . . . » <sup>(٤)</sup> . وأما عن السنة فقد روى أن هنداً بنت عتبة زوجة أبي سفيان دخلت على النبي (ص) وقالت له « ان أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني الا ما أخذت من ماله بنير عليه فهل على في ذلك من جناح ؟ » فقال لها

---

\* يدخل في دراسة نفقة الزوجية عموماً عدة أبحاث تتعلق ببيان من تستحق النفقة من الزوجات ومبدأ استحقاقها وموجبات سقوطها ونفقة زوجة الثابت ودين النفقة وهي تخرج عن موضوع بحثنا فلا تعرض لها . ومن شاء فليرجع اليها في مواضعها من كتب الفقه التي سنشير اليها في سياق البحث .

- (١) بداية المجتهد ج ٣ ص ٤٧ . وراجع للنتزع المختار ج ٢ ص ٥٣٢ ؛ والمحلى ج ١٠ ص ٨٨ مسألة رقم ١٩٢٢ ؛ والفتاوى للأستاذ أحمد إبراهيم بك بند ٤ .
- (٢) سورة البقرة آية رقم ٢٣٢ وقد تقدمت الإشارة اليها .
- (٣) سورة النساء آية رقم ٣٤ وقد تقدمت الإشارة اليها .
- (٤) سورة الطلاق آية رقم ٧ . وكذلك قوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » الآية وقد تقدمت الإشارة اليها وقد قرأها ابن مسعود « أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم » وعلى هذه القراءة تكون الآية نصاً في الموضوع — راجع البدائع ج ٤ ص ١٥ ؛ واللبسوط ج ٥ ص ١٨١ ؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٢٢١ .



« خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك وما يكفى بنيك »<sup>(١)</sup>، وقوله عليه السلام في حجة الوداع في ذكر النساء « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف... »<sup>(٢)</sup>. وقد أجمع المسلمون على أن النفقة حق للزوجة على زوجها. وفضلا عن ذلك فإن هذا الحكم واجب عقلا لأن الزوجة محبوسة بالنكاح لحق الزوج بمنوعة من الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائدا اليه وبذلك تكون كفايتها عليه<sup>(٣)</sup>.

والنفقة تشمل الطعام والكسوة والسكنى<sup>(٤)</sup>. ونفقة الزوجة الواجبة لها على زوجها تناول كل ما تتوقف عليه كفايتها<sup>(٥)</sup>، وهذا عامل شخصي يمتدح يختلف باختلاف الزوجات.

(١) وهو متفق عليه — راجع بلوغ المرام ص ٢٤ حديث رقم ١١٦٨ ؛ وزاد الماد ج ٢ ص ٣٣٩ .

(٢) وقد تقدم ذكر هذا الحديث . وراجع بلوغ المرام ص ٢٤١ رقم ١١٧٢ ؛ وزاد الماد للرجع السابق .

وكذلك ما روى عنه عليه السلام من أن رجلا سأله ما حق زوج أحدنا عليه فأجابه بقوله « تطعمها إذا أكلت وتكسوها إذا اكتسبت » ، راجع بلوغ المرام ص ٢١٣ رقم ١٠٤٧ وص ٢٤١ رقم ١١٧١ .

(٣) راجع في ذلك وفي جميع ما تقدم البدائع والمبسوط وفتح القدير للراجع السابقة؛ والزيلعي ج ٣ ص ٥٠ و ٥١ ؛ والفتاوى للرجع السابق .

(٤) كشف القناع ج ٣ ص ٢٩٧ — وهذا يوافق المعنى المعرى للنفقة ، إلا أن فقهاء الحنفية صاروا على إطلاق النفقة على الطعام ولذا يسلطون عليها الكسوة والسكنى ، وعبرة للتون في هذا المذهب ككثر الالتفات ومتى الأجر وتور الأجر وبداية اللبث على هذا — راجع الأحوال الشخصية للأستاذ أحمد إبراهيم بك ص ١٨٨ و ١٨٩ بالهامص ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٨٨٦ والمهداية ج ٢ ص ٣٣ . وعبر الإمام ابن حزم بما ينفق ومتون الحنفية في ذلك — راجع المحلى للرجع السابق ص ٨٩ . وكذلك فعل صاحب المنتزه المتأثر في فقه الزيدية، للرجع السابق ص ٥٣٤ . ومثلهم ابن رشد في بداية المجتهد للرجع السابق . وقد عبرنا هنا بالنفقة طبقا لمعناها المعرى ففعل الطعام والكسوة والسكنى .

(٥) للراجع السابقة؛ وكتاب الأستاذ أحمد إبراهيم بك بند ٣٠٦ ؛ والحرمي ج ٤ ص ٢١٢ و ٢١٣ وقد عبر عن ذلك بأنه « ما به قوام حال الأدنى دون صرف » والسرف هو صرف الشيء زائدا على ما ينبغي وهذا التعبير لا يخرج عن معنى الكفاية لأن السرف — كما استظهر

ويتقيد حق الزوجة في ذلك بوجوب مراعاة حال زوجها يسراً وعسراً في تقدير النفقة، فيقدر لها قدر كفايتها بما تسمح به حال الزوج، فان اتفق حال الزوج وحال الزوجة فالأمر واضح اذ أن التقدير في هذه الحالة يكون موافقاً لحالهما، وان اختلفا كان التقدير بحسب حال الزوج فان كان موسراً فعليه نفقة اليسار وان كان معسراً فنفقة الاعسار<sup>(١)</sup>. والعلة في ذلك هي توفى الاضرار

المؤلف في محله — هو الذي يزيد على الكفاية . ولم يترك الشافعية تقدير النفقة إلى ما فيه الكفاية وإنما قدروها في كتبهم بمد ومد ونصف ومدين على حسب حالة الزوج يسراً وعسراً وتوسطا بين الأمرين وذلك قياساً على الكفاية ولأنها في مقابلة انتفاع الزوج بزوجه والمقابلة تنفي التقدير — تراجع نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٤١ و ٢٤٢ ؛ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٤٧ . ويحذر صاحب نهاية المحتاج عن تقدير النفقة في مذهبهم بأنه « لو فتح للنساء باب الكفاية من غير تقدير لوقع النزاع لا إلى غاية قصور ذلك التقدير للاتق بالعرف » — المرجع السابق بنصه . ويضيف إلى ذلك قوله ان المذاهب الأخرى لا ترجع للكفاية قط وإنما للكفاية بحسب المعروف ، وتقديره — أي الشافعية — هو الاتق بالعرف — المرجع السابق . وهول انه يلهم من هذا القول أن كل الرأين متفق في الأساس وجاء الخلاف من كون أحدهما أراد سد باب النزاعة بالتقدير ، وعلى هذا يكون المبدأ الذي أوردناه في المتن متفقاً عليه . ويلاحظ أن الخلاف المتقدم مبصّر على نفقة الطعام فقط ولا يشمل الكسوة والسكنى — تراجع بتعليقه في بداية المجتهد للمرجع السابق .

(١) وهذا هو قول ظاهر الرواية في مذهب أبي حنيفة ، ورجحه صاحب البدائع وجاء في البحر أنه قول جمع كثير من العلماء . واستدلوا عليه بنص الكتاب الكريم في قوله « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نقلاً إلا ما آتاهم سيجل الله بعد عسر يسراً » ، سورة الطلاق آية رقم ٧ ، وهو نص في الموضوع . فضلاً عن أن الزوجة للوسرة إذا زوجت نفسها من مسر قد رضيت بنفقة المورسين . وهناك رأى آخر يقول بأن تقدير النفقة يكون بحسب حال الزوجين معاً ، فان اختلف حالهما بأن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً قدرت بالنسبة بين نفقة اليسار ونفقة الاعسار . وقد اختلفوا هذا القول للفتوى — تراجع في ذلك المبسوط ج ٥ ص ١٨٢ ؛ والبدائع ج ٤ ص ٢٤ ؛ والزيلعي ج ٣ ص ٥١ ؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٣٢٢ و ٣٢٣ ؛ والبحر ج ٤ ص ٩٠ ؛ وكتاب الأستاذ احمد ابراهيم بك بند ٣١٢ و ٣١٣ ؛ والنفقات بند ١٦ وما بعدها حيث بسط الموضوع وبين أدلة كل من الفريقين . ويحق رأى الشافعية مع قول ظاهر الرواية من مذهب الحنفية في تقدير النفقة بحسب حال الزوج بغير مراعاة لحال الزوجة — نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٤٢ . أما الحسابات فيفتق رأيهم مع القول للفق في مذهب أبي حنيفة — كشف القناع ج ٣ ص ٢٩٨ ؛ وشرح المنتهى

الزوج لأن إيجاب نفقة المוסر على المعسر وانفاق المعسر نفقة المוסر ليس من المعروف وفيه إضرار بصاحبه (١).

وجميع ما تقدم من الأحكام يسرى على النفقة بأنواعها الثلاثة من طعام وكسوة وسكنى (٢).

ولما كان الزوج وهو المحمل بهذا الواجب هو الذى يتولى الانفاق، وإذا وقع بينه وبين زوجته نزاع فى ذلك كان مرجعها الى القضاء كما سيجىء، فمن أجل ذلك لا تصور الاسامة فى هذا الحق بالذات، وذلك لأنه ما دام أن الزوج هو الذى يتفق فهو يستطيع أن يكف عن الانفاق فيما يراه خارجاً

---

على هامشه ص ٣٤٨ . وكذلك قول المالكية — مواهب الجليل ج ٤ ص ١٨٣ ؛ والنساج والاكليل بهامشه ؛ ومنح الجليل ج ٢ ص ٤٣١ ؛ والحرشى ج ٤ ص ٢١٣ و ٢١٤ . ومع ذلك فقد فرق الصدوى فى حاشيته على الحرشى بين حالتين الأولى إذا كانت الزوجة معسرة والزوج موسراً وهنا يقول بأن تقدير النفقة يكون بالمتوسط بين حالتهما والثانية أن تكون الزوجة موسرة والزوج معسراً وفى هذه الصورة يكون التقدير بحسب حالة الزوج فقط — تراجع حاشية الصدوى بهامش الحرشى ج ٤ ص ٢١٤ . ويقول ان فى هذه التفرقة فى الحكم تيسيراً على الزوج فى جميع الحالات وليس لها ما يبررها قلها بحسب القاعدة التى اعتمدها علماء المالكية . وقد أخذ المرحوم قندى باشا فى المادة ١٧٣ من قانون الأحوال الشخصية بما عليه الفتوى فى مذهب أبى حنيفة واستمر العمل به فى المحاكم الفرعية بمصر حتى صدر للرسوم بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٩ م فى المادة السادسة عشرة منه على أنه « تقدر نفقة الزوجة على زوجها بحسب حال الزوج يسراً وعسراً مهما كانت حالة الزوجة » — وهنا يوافق مذهب الشافعى وقول ظاهر الرواية من مذهب أبى حنيفة كما تقدم وهو ما ذكرناه بالمتن . وقد أوردت المذكرة الإيضاحية لقانون السالف الذكر أسباب هذا التعديل وهى بينها مستند ظاهر الرواية . ويلاحظ أن هذا التعديل هو ما كان قد استقر عليه الرأى فى هذا الموضوع فى مشروع تعديل قانون الأحوال الشخصية الذى سبقت الإشارة اليه وتضمنته المادة ١٠٢ من هذا المرسوم — تراجع كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ٣١٢ .

(١) كشف الفتاح ج ٣ ص ٢٩٨ ، والتدليل لصاحب هذا المؤلف إلا أنه لم يجمع معه إلى نتيجة منطقية وإنما قرر الحكم الذى عليه مذهب الحنابلة وقد تقدم بيانه فى الهامش السابق .

(٢) تراجع كتاب الأستاذ أحمد ابراهيم بك بند ٣٢٠ وما بعده ؛ والمراجع الذى سبقت الإشارة إليها .

عن حق زوجته، وإذا رفعت أمرها للقضاء فما يحكم به القاضى هو الذى تستطيع الزوجة الحصول عليه ولا تصور فيه الاساءة . هذا من الناحية الفقهية والقضائية، ولكن الواقع قد يختلف عن ذلك فكثير من الزوجات يكلفن أزواجهن من أمرهم شسطا، إلا أن الزوج الذى يرضى بذلك ليس له أن يتضرر منه، ومن لا يرضى منهم فالتبعة عليه لأن الأمر بيده كما تقدم .  
على أن الاساءة تظهر فيما هو من توابع هذا الحق وذلك فى موضعين: الأول استيفاء الزوجة النفقة، والثانى تصرفها فيما يقدر لها منها . ومن أجل هذا قيد فقهاء الشريعة حق الزوجة فى هذين الموضعين بما يمنع الاساءة، وليبان ذلك نقول .

#### أولاً - فى استيفاء الزوجة نفقتها

جرت عادة الناس بأن الزوج هو الذى يتولى الانفاق على زوجته من طعام وكسوة وسكنى ما دام النكاح قائما بينهما . وهذا يوافق الحكم الشرعى، فان الزوج لا يجبر على تملك زوجته نفقتها اذا كان هو يقوم بالانفاق بغير تقدير ولا مطل، فلو طلبت الزوجة من القاضى أن يفرض لها النفقة رغم ذلك فلا تجاب الى طلبها <sup>(١)</sup> . والعلة فى ذلك هى ان الزوجة فى هذه الحالة تكون

(١) البدائع ج ٤ ص ٢٨؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٣٢٧؛ والبرج ج ٤ ص ١٨٩؛ ومنحة الخالق بهامشه؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٨٩٤؛ وكشاف الفناع ج ٣ ص ٣٠٣ . ويترك الشافعية اشتراك الزوجة مع زوجها فى الطعام لاختيارها — نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٤٣ . وأما المالكية فيرون أن للزوجة أن تحتج من الأكل معه وتطلب منه نفقة طعامها وكسوتها لتنفق على نفسها ولا تجبر فى الحكم على الأكل معه وإن كانت تؤمن بذلك لما فيه من التودد وحسن المعرة — إراجع مواهب الجليل ج ٤ ص ١٨٧؛ والخروص ج ٤ ص ٢٢١؛ وحاشية العدوى بهامشه؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ٤٣٩ . والأصح فى ذلك هو ما قاله الحنفية والمناطقة لأنه هو الذى ينفق وحسن المعاشرة الزوجية وفضلا عن ذلك فإن الشارع لم يبين الواجب بأكثر من والكفاية فبأى شيء حصلت كان هو الواجب — إراجع كشاف الفناع ج ٣ ص ٢٩٩ .

متعنتة في طلبها <sup>(١)</sup> . فكلما ظهر للقاضي تعنتها بأى طريق من الطرق فلا يجيبها الى طلبها هذا <sup>(٢)</sup> .

أما اذا ظهر أن الزوج يضر بزوجه كما لو كان مقترأ عليها أو بماطلا في الاتفاق عليها فان القاضي يفرض الزوجة ما يقدره لها من النفقة وتولى هي الاتفاق على نفسها <sup>(٣)</sup> . الا أنه في هذه الحالة يجب على القاضي أن يتخير السيل الأسير على الزوج في الوفاء بما يفرضه عليه ، فيقدرها على أن تدفع يوما بيوم أو بأى وحدة زمنية أخرى تلائم حالة الزوج ، كما لو كان أجيراً يقبض أجره كل يوم أو عاملاً يستولى على وظيفته كل شهر وما الى ذلك . واذا طلبت الزوجة الايفاء بطريقة أخرى بقصد مضارته فلا تجاب <sup>(٤)</sup> . ويتبين من ذلك أن حق الزوجة في الاستيلاء على نفقتها مقيد في استعماله كغيره من الحقوق بأن يكون لسبب صحيح وبالطريقة التي لا ينشأ عنها ضرر بالزوج .

واذا لم يقيم الزوج بالوفاء بالنفقة المفروضة عليه صارت ديناً للزوجة تستوفيه منه كسائر الديون ولها أن تطلب من القاضي حبسه ليوفيا إياه <sup>(٥)</sup> . وحق الزوجة في طلب حبس زوجها اذا لم يدفع لها النفقة يتقيد بما يتقيد به حق كل دائن في ذلك ، فهو لا يكون الا اذا كان المدين قادراً على الدفع ولكنه ممتنع . فاذا كان معسراً فلا يجاب طلب الحبس لأنه شرع للتوسل الى قضاء الدين وليس للانتقام فاذا كان المدين لا يقدر على قضاء الدين فلا يكون

(١) البحر المرجع السابق .

(٢) منحة الخائف المرجع السابق .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) يراجع فتح القدير وابن عابدين المرجعين السابقين ؛ والبحر ج ٤ ص ١٩١ ؛ ومنحة الخائف بهامشه ؛ والحرقى ج ٤ ص ٢١٩ ؛ وحاشية المدوى بهامشه ؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ٤٣٧ .

(٥) البدائع ج ٤ ص ٢٨ و ٢٩ . إلا أنه لا ينبغي أن يجبه في أول مرة يقدم اليه بل يؤخر الحبس الى مجلسين أو ثلاثة بسطة في كل مجلس يقدم اليه فان لم يدفع حبسه حيثئذ كما في سائر الديون — البدائع المرجع السابق .

الحبس مفيداً<sup>(١)</sup>. وكذلك لا حبس اذا كانت الزوجة تستطيع الحصول على حقها من طريق آخر كالجزء على مال الزوج وبيعه<sup>(٢)</sup>.

(١) يراجع الميسوط ج ٥ ص ١٨٧ و ١٨٨ ؛ والبدائع ج ٧ ص ١٧٣ ؛ وباب الحبس في الديون في أفق الوسائل ص ٣٢٦ وما بعدها . ويراجع أيضاً ما ذكرناه في المقدمة من أن استعمال الإنسان لحقه لا يجوز شرعاً اذا لم يكن له مصلحة فيه وترتب عليه ضرر بالغير .

ولمناسبة ذكر اعصار الزوج بالنفقة نقول ان فقهاء المريضة اختلفوا فيما اذا كان يفرق بين الزوجين لاعصار الزوج . فقال أبو حنيفة وأصحابه انه لا يفرق لهذا السبب وتعلق النفقة بذمة الزوج . وقال مالك والشافعي وأحمد بأنه يفرق بينهما اذا طلبت الزوجة ذلك ، على خلاف بينهم في صفة التفريق هل تكون طلاقاً أو فسخاً وما يترتب على ذلك من حق الزوج في المراجعة . وهناك آراء أخرى وتفصيلات في ذلك تراجع في مواضعها من كتب الفقه — يراجع فتح القدير ج ٣ ص ٣٢٩ وما بعدها ؛ والخرشي ج ٤ ص ٢٢٨ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٦٠ وكشاف القناع ج ٣ ص ٣١٠ وما بعدها ؛ وزاد للماد ج ٢ ص ٣٤٦ وما بعدها ؛ والمحلى ج ١٠ ص ٩٢ مسألة رقم ١٩٣٠ ؛ وكتاب النفقات بند ٣٠ و ٣١ و ٣٢ حيث ذكر الآراء المختلفة في هذا الموضوع بتفصيلاتها .

هنا وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بمبدأ التفريق لاعصار الزوج أو امتناعه عن النفقة فنص في المادة الرابعة منه على أنه « إذا امتنع الزوج عن الاتفاق على زوجته فان كان له مال ظاهر هذا الحكم عليه بالنفقة في ماله . فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه ميسر أو موسر ولكن أصر على عدم الاتفاق طلق عليه القاضي في الحال . وان ادعى البسر فان لم يثبت طلق عليه حالا وان أثبت أمهله مدة لا تزيد على شهر . فان لم ينفق طلق عليه بعد ذلك » . وفي المادة الخامسة « إذا كان الزوج غائباً غيبة قرية فان كان له مال ظاهر هذا الحكم عليه بالنفقة في ماله وان لم يكن له مال ظاهر أعذر اليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلاً فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للاتفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل . فاذا كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول اليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقوداً وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي . وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذي يسر بالنفقة » . ونصت للسادة السادسة على أن « تطليق القاضي لعدم الاتفاق يقع رجعيًا ولزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للاتفاق في أثناء السدة فان لم يثبت إيساره ولم يستعد للاتفاق لم تصح الرجعة » .

وقد أخذت الأحكام التي تضمنها هذا القانون عن مذهب الامام مالك — النفقات رقم ٣١ ص ٣٨ .

(٢) يراجع الحكم للنشور بالجريدة القضائية ص ٤ عدد ٣٧ ص ١٤ .

### ثانيا - في تصرف الزوجة فيما بغرض لها من النفقة

إذا قبضت الزوجة النفقة أو الكسوة فلها التصرف فيها بما ترى لأنها ملكتها بالقبض ، فيجوز لها التصرف فيها بجميع التصرفات الشرعية بما فيها البيع والهبة والصدقة <sup>(١)</sup> .

الا أن حق الزوجة في هذا التصرف ليس مطلقا وإنما هو مقيد بقيود ترجع الى ما يأتي :

أولاً - يجب ألا يكون في تصرف الزوجة في نفقتها ما يفوت الغرض الذي من أجله منحت لها هذه النفقة ، وقد تقدم أن للزوجة على زوجها أن يقوم بكفائها ، فيجب ألا يكون تصرفها فيما تقبضه من النفقة خلا بذلك . ومن أجل هذا نص الفقهاء على أن تصرف الزوجة في نفقتها مقيد بأن يكون على وجه لا يضر بها كما لو كان يضر يدينها أو ينقص في استمتاعها ومثلوا لذلك بما لو دفع اليها الزوج الكسوة فأرادت بيعها أو الصدقة بها وكان ذلك يضر بها أو يخل بسترها فهي لا تملك مثل هذا التصرف <sup>(٢)</sup> .

وبما يدخل في ذلك ما لو استعملت الزوجة ما فرض لها من النفقة استعمالا غير معتاد حتى نفدت قبل المدة المقررة فإنه لا يقضى لها على زوجها بأخرى قبل انتهاء المدة ، بخلاف ما لو كان الاستعمال متاداً ونفدت فإنه يقضى

---

(١) كشاف القناع ج ٣ ص ٣٠٤ ؛ وشرح المنتهى على هامشه ص ٣٥٠ .

(٢) كشاف القناع وشرح المنتهى للرجعان السابقان - ولم نشر على نص للفقهاء فيما يتعلق بمزاء هذه الاساءة من جانب الزوجة ، والذي يمكن أن يقال هو أن التصرف اذا استكمل شرائطه فهو صحيح وتتحمل الزوجة الضرر الناتج عنه ولا يلزم الزوج جرميضة . وفضلا عن ذلك فإن القاضي أن يزرها اذ أن سلطته في ذلك تنبع لهذا الغرض كما سيجي . ولا نرى ما يمنع القاضي من أن يجرمها من قبض نفقتها وتحويل غيرهما في الاتحاق عليها كما في الجبر للسفاه .

لها بأخرى لظهور الخطأ في التقدير الأول حيث قدرت لوقت لا تبقى معه<sup>(١)</sup>.

ثانياً — يجب أن يكون تصرف الزوجة في نفقتها على وجه لا يضر بالزوج . وهذه الصورة قد تتفق في بعض مظاهرها مع الصورة السابقة كما لو قدرت الزوجة على نفسها في النفقة حتى مرضت أو هزلت أو تصرفت في كسوتها على وجه يخل بسترها فإن الزوج يتضرر من ذلك<sup>(٢)</sup> .

وغنى عن البيان أن هذين الوجهين يتفقان مع ما تنقيد به الحقوق في الشريعة الإسلامية بصفة عامة .

---

(١) يراجع فتح القدير ج ٣ ص ٣٢٨ ؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٩٠١ . ويلاحظ أن كلامهما في ذلك خاص بالكسوة إلا أن القاعدة واحدة تسرى على النفقة بجميع أنواعها وما ذكرت الكسوة الا اقتراضا .

(٢) يراجع البحر ج ٤ ص ١٩٣ ؛ وكشاف الفتاوى وفرح المنتهى المرجعان السابقان . ولعلك نصوا على أن للزوج أن يلجأ الى القاضي ليأمر زوجته بلبس ثيابها لأن تزويجها من حقوقه — البحر المرجع السابق ؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٣٢٨ . وهو ان هذا يكون مع اقتراض أنها مهمة أمر نفسها وزينتها اذ أن هذا هو الذى يضر بالزوج .



# الباب الرابع

## في الفقرة بين الزوجين

مبدأ الزواج مصلحة لكل من الزوجين ، وهو داعية التواد والتراحم ومجلة الألفة والوفاق بينهما ، وقد صرح الكتاب الكريم بذلك في قوله تعالى « ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة »<sup>(١)</sup>. وقد سن الشارع الحكيم لهذا النظام أحكاما لضمان هذه المصلحة ، وجميع ما تقدم من القيود التي تنقيد بها حقوق الزوجية ترمى إلى تحقيقها . على أن هذه المصلحة لا تقوم إلا إذا ساد الوفاق حياتهما الزوجية ، وتبادلا المودة والاخلاص ، وإلا انعكست القضية وصار ارتباط كل من الزوجين بالآخر مجلبة للفساد والمضرة . ومن أجل ذلك قرر جمهور المسلمين أن اللعان<sup>(٢)</sup> يوجب الفقرة بين الزوجين ، لأنهما إن تلاعنا وقد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاثر وإطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبداً وذلك أن الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدمو ذلك كله العدم ولا أقل من أن تكون عقوبتهما الفقرة وبالجملة فالقبح الذي بينهما غاية

(١) سورة الروم آية رقم ٢١ .

(٢) وهو دعوى الزوج على زوجته بالزنا أو نفي حملها . ويرجع حكم اللعان إلى قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم قصصه أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ويبرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين » سورة النور الآيات من رقم ٦ إلى ٩ . ويراجع في اللعان بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠٠ وما بعدها .

الفسخ» (١).

على أن الفقرة بين الزوجين قد ترجع إلى غير داعي اللعان من وجوه عدم التوفيق، وحتى إذا رجعت إلى هذا الداعي فقد لا يصل الأمر بالزوجين إلى الدعوى به وإشهاد ما خفي من أمرهما بين الناس. ومن أجل ذلك أجازت الشريعة الإسلامية الفقرة بين الزوجين إذا طرأ على حياتهما الزوجية من العوامل والمؤثرات ما يوهن رابطتهما ويفوت الغرض المقصود منها. وهذه الفقرة قد تكون بناء على طلب الزوجة وموافقة الزوج كما في الخلع، وقد تكون من جهة الزوج وحده بالطلاق (٢). ومع أن الفقرة بين الزوجين جائزة فقد أبعد الله بين الزوج وفكرة الطلاق حتى شكك في وجدانه فقال جل شأنه «وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فمسي أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً» (٣)؛ وهذا يدل على أن الزوج مندوب إلى إمساك زوجته بالمعروف مع كراهته لها، فقد تكون الخيرة له في الصبر على ما يكره (٤). وكذلك حسن للمرأة الصلح مع زوجها بقوله تعالى «وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح وإن تحسنوا وتتقوا فإن الله كان بما تعملون خبيراً» (٥)؛ وهو يدل على أن الصلح بين الزوجين خير من الفقرة أو من

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٠٥ بنصه: «ورب البض أن اللعان لا يوجب الفقرة — المرجع السابق. ورأبهم في ذلك مرجوح، والجمهور على وجوب الفقرة كما تقدم».

(٢) وقد تكون من جهة الزوجة وحدها إذا فوض الزوج طلاقها إليه وهو أمر جائز — راجع كتاب الأستاذ أحمد إبراهيم بك بند ٤١٧ وما بعده وبداية المجتهد ج ٢ ص ٦٢ وما بعدها. ويرى الإمام ابن حزم أن الطلاق لا يكون إلا من الزوج فلا تصح الوكالة به أو تفويضه إلى الزوجة — المحلى ج ١٠ رقم ١٩٥٩ ص ١٩٦؛ وبداية المجتهد المرجع السابق.

(٣) سورة النساء آية رقم ١٩ — وتراجع مجلة الأحكام الشرعية ص ٨٢ مود ١٦ من مقال عنوانه «الطلاق في الإسلام» بقلم «مستبصر الخير الأمة».

(٤) أحكام للفرآذ للبحاص ج ٢ ص ١٠٩ و ١١٠.

(٥) سورة النساء آية رقم ١٢٨ — وتراجع مجلة الأحكام الشرعية المرجع السابق.

النشوز والاعراض وسوء العشرة <sup>(١)</sup> . فضلا عن ذلك فقد دعا المولى جل شأنه إلى التحكيم بين الزوجين فيما يقع بينهما من الشقاق وذلك بقوله تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا أصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان علما خيرا » <sup>(٢)</sup> . فانفق علماء المسلمين بناء على ذلك على جواز بعث الحكامين إذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت أحوالهما فيه أى لم يعلم المحق من المبطل <sup>(٣)</sup> . إلا أن لتحمل المكروه حدا كما أن للصلح ظروفا ، فإذا تجاوزت الحال حد التحمل أو لم يكن للصلح مجال لم يبق إلا الفرقة بنوعها المذكورين آنفا ، ولتتكلم على كل منهما .

(١) الكشف ج ١ ص ٣٨٩ .

(٢) سورة النساء آية رقم ٣٥ — ومعنى « إن خفتم » ان علمتم — تراجع الطبرى

ج ٥ ص ٤٢ ؛ والألوسى ج ٥ ص ٢٤ .

(٣) وتكون مهمة الحكامين الإصلاح بين الزوجين ان استطاعا الى ذلك سبيلا أو التفريق بينهما . ويكون أحد الحكامين من أهل الزوجة والآخر من أهل الزوج الا اذا لم يوجد في أهلها من يصلح لذلك ، واذا اختلف الحكمان لم ينفذ لأيهما قول ، وإن اتفقا على الجمع بين الزوجين فقولهما نافذ ، وأما اذا اتفقا على التفريق فقولهما ينفذ على الزوجين طبقا لمذهب المالكية ويرى الحنفية والشافعية والحنابلة أنه لا يجوز للحكمين أن يفرقا الا بتوكيل كل من الزوجين للحكم الذى من قبله فيما يملكه من وجه الفرقة — تراجع بداية المجدد ج ٢ ص ٨٥ و ٨٦ ؛ وكشاف الفتاوى ج ٣ ص ١٢٥ و ١٢٦ . وقد أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمذهب الإمام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين عدا الحالة التى يتبين للحكمين أن الاساءة من الزوجة دون الزوج فلا يكون ذلك داعيا لأغراء الزوجة للشاكية على قسم عرى الزوجة بلا مبرر — تراجع المذكورة الايضاحية لهذا القانون والمواد من رقم ٦ الى رقم ١١ منه .

# الفصل الأول

## في الخلع

الخلع شرعا هو إزالة ملك النكاح يبدل بلفظ الخلع أو ما في معناه كالمبارأة<sup>(١)</sup>. وهو جائز بالكتاب والسنة والاجماع<sup>(٢)</sup>. فقد قال تعالى «فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما اقتدت به»<sup>(٣)</sup>، وقد أجازته رسول الله صلى الله عليه وسلم في قضائه<sup>(٤)</sup>، واتفق المسلمون على جوازه<sup>(٥)</sup>. وإذا حصل الخلع وقعت الفرقة بين الزوجين بائنة<sup>(٦)</sup>، فلا تحل له إلا

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ١٩٩؛ وكتاب أحد ابراهيم بك بند ٤٣٥؛ وراجع البحر ج ٤ ص ٧٧، وقد عرفه بأنه «إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبولها (أى الزوجة) بلفظ الخلع أو ما في معناه».

ومعنى الخلع لغة التزح يقال خلع الرجل ثوبه خلعاً (بفتح الخاء) أى نزع من جسده وأزاله وخلع زوجته خلعاً (بضم الخاء) أزال زوجيتها فهي خالعة وخلعت المرأة زوجها إذا اقتدت منه بخل وخالعهما هو وتخالما أى خلع كل منهما صاحبه — أحمد ابراهيم بك المرجع السابق.

(٢) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٨؛ والزيلعي ج ٢ ص ٢٦٧.

(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٢٩.

(٤) تراجع الأحاديث الخاصة بذلك في نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٤ وما بعدها؛ وفتح الباري ج ٩ ص ٣٤٦ وما بعدها؛ وبلوغ المرام ص ٢٢٢ رقم ١٠٩٤ و١٠٩٥.

(٥) إلا ما روى عن بكر بن عبد الله المزني التابعي من أنه لا يحل للزوج أن يأخذ من امرأته شيئاً في مقابل فراقها لقوله تعالى «وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتهم إحداهن متطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً» تأخذونه بهتاناً وأثماً مبيناً وكيف تأخذونه وقد أفضى بهنكم إلى بض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً — سورة النساء آية رقم ٢٠ و٢١. وقد رد عليه بقوله تعالى «فلا جناح عليهما فيما اقتدت به» الآية، وبأن حظر الخلع مقصور على حالة النفور من جهة الزوج فقط ورغبته في استبدال زوج مكان زوج — أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٣٩٢؛ والزيلعي ج ٢ ص ٢٦٨، وراجع فتح القدير ج ٣ ص ٢٠٠.

(٦) وقد اختلفوا في صفة هذه الفرقة فالجمهور على أنها طلاق فتحسب في عدد التطليقات

بمعقد جديد برضاها<sup>(١)</sup>.

والاصل في الخلع الكراهة<sup>(٢)</sup>؛ ويجوز اذا كان ثم سبب يقتضيه<sup>(٣)</sup>.  
 ووجه اباحتها أن الزواج اذا تم لم يكن للزوجة حل رابطة لان العصمة بيد  
 الزوج فهو الذى يملك الطلاق؛ ولما كان شعور الزوجة بالمعيشة الزوجية من  
 هناة وشقاء كشعور الزوج تماماً فقد لا تجد الزوجة في حياتها بعد الزواج ما  
 كانت تشده فلا تسكن لزوجها وتشعر بالخرج في البقاء معه مما قد يؤدي بها الى  
 التورط في المحذور. فمن أجل ذلك جعل لها الخلع وسيلة للخلاص من رابطة  
 الزوجية على وجه لا رجعة للزوج فيه الا برضاها فيرفع بذلك الضرر عنها<sup>(٤)</sup>.

وقال البعض انها فسخ لا يقص عدد الطلاق وهو رأى الحنابلة والثاني في مذهبه القديم —  
 يرجع فتح القدير ج ٣ ص ١٩٩ وما بعدها، وكشاف الفتاوى ج ٣ ص ١٢٨، ونيل الأوطار  
 ج ٧ ص ٣٨ وما بعدها وزاد للماد ج ٢ ص ٢٢٩. وقال البعض أن الفقرة التي تلغ به طلاق  
 رجعى فالزوج مراجعتها ورد ما أخذه منها — المحلى ج ١٠ مسألة رقم ١٩٧٨ ص ٢٣٥. إلا  
 أن هذا القول يفتقر الفرض للقعود من الخلع لأن الفرض منه كما سيبيح، هو رفع الضرر عن  
 الزوجة بحل رابطة الزوجية التي تنحصر منها فلو جازت الرجعة لعاد الضرر — فتح القدير وكشاف  
 الفتاوى للرجحان السابقين وراجع بداية المجتهد ج ٢ ص ٦٠، وأحمد إبراهيم بك نبذة ٤٣٦  
 حيث ذكر المذاهب المختلفة في ذلك. وتراجع حجج كل فريق في مواضعها من المراجع المتقدمة.  
 (١) وبمصرط ألا يكون الزوج قد استغنى بالخلع عدد التطبيقات الجائرة له شرعاً وذلك  
 على رأى الجمهور كما تقدم بالمعاش السابق.

(٢) الجبري ج ٣ ص ٤٣٥.

(٣) نيل الأوطار ج ٧ ص ٤١.

(٤) وأما وجه اشتراط البذل وتكليف الزوجة بدفعه فهو أن الزوج هو الذى تجب عليه  
 شرعاً جميع التكاليف المالية التي يستلزمها عقد الزواج من اللهر والنفقة واعداد منزل الزوجية  
 وبذل الخلع يقوم مقام هذه النفقات لأن مباشرة حل رابطة الزوجية جاء من جهة الزوجة فهو  
 كتمريض له عما بذله. ولعل في ذلك ما يقرب للذهن تصور ما قاله فريق من فقهاء الصرخة  
 من أن بدل الخلع يقتيد في أكثره بما يكون الزوج قد دفعه من اللهر ومن جهة أخرى يمكن  
 القول بأن الرأى الذى يبيح الزوج أن يأخذ من الزوجة في الخلع أكثر مما أعطاه مهرأ فيه  
 مراعاة لما يكون قد تكبده الزوج من النفقات زيادة على اللهر، وهنا تظهر فكرة التمييز  
 بشكل أوضح ولو أنه تمريض متروك تقديره للزوج وهو الذى سيقضه. إلا أن هذا الاعتراض  
 لا يكون له محل اذا قيل — تبعاً لبعض الفقهاء — أن الخلع لا يكون الا أمام الحاكم.

فالخلع المشروع هو الذى يكون مقصودا به هذه الغاية<sup>(١)</sup>، ووجوب مراعاتها هو أول ما يتقيد به حتى الالتجاء الى هذا السبيل من حل رابطة الزوجية وفوق ذلك فإنه يتقيد بوجوب عدم الاضرار بالغير . ولييان هذين الوجهين نقول : الوجه الاول — يجب أن يكون المقصود من الخلع تحقيق الحكمة التى

دعت الى تشريعه .

قدما أن الحكمة التى دعت الى تشريع الخلع هى تمكين الزوجة من الخلاص من رابطة الزوجية عندما يتحقق لها فوات الغرض المقصود من النكاح لعدم التوفيق فى حياتها الزوجية ، فان قصد به غير ذلك لم يحل الخلع شرعا .

وأول ما يرد تطبيقا لذلك ما ذكره الفقهاء من أنه يحرم على الزوجة أن تطلب الخلع من غير حاجة مشروعة اليه .<sup>(٢)</sup>

ومن التطبيقات التى ذكرها فقهاء الشريعة الاسلامية لذلك ما اذا كان النفوس من جانب الزوج ، وهذه الحالة لا تتحقق فيها حكمة الخلع لان للزوج أن يطلق من غير حاجة لرضاء الزوجة ودفعها بدلا . وقد حظر القرآن الكريم أخذ شيء من الزوجة فى هذه الحالة فى قوله تعالى « ولا تعضلوهن لتنهوا بعض ما أتيتوهن » و « ان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتن احداهن قسطا رآ فلا تأخذوا منه شيئا . . . »<sup>(٣)</sup> ؛ وقد أجمع فقهاء الشريعة

(١) يرجع الأم ج ٥ ص ١٧٩ . ويلاحظ أن الحالة التى قضى فيها رسول الله ( ص ) بالخلع كان النفوس فيها من قبل الزوجة وهى التى طلبت الاختلاص من زوجها بلضا منها له . يرجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٣٤ و ٣٥ ؛ وبلوغ اللرام ص ٢٢٢ رقم ١٠٩٤ و ١٠٩٥ و ١٠٩٦ ، واللبرى ج ٢ ص ٢٦٢ .

(٢) فتح القدير ج ٣ ص ٢٠٢ ؛ وكشاف الفناص ج ٣ ص ١٢٦ — وذلك لا روى عن النبي ( ص ) أنه قال « أيا امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » نيل الأوطار ج ٧ ص ٢ و ٤١ .

(٣) سورة النساء آية رقم ١٩ و ٢٠ — ويراجع أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٣٩٧ .

الاسلامية على أن الخلع لا يحل اذا كان النشوز من الزوج . الا أنهم اختلفوا في بيان حكم النهي في هذه الحالة .

فيرى الحنابلة أن الزوج اذا عضل زوجته أى ضارها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من القسم والنفقة ونحو ذلك ظلما لتفتدى نفسها فالخلع باطل والعوض مردود والزوجة بحالها <sup>(١)</sup> . وهو قول الشافعية أيضا <sup>(٢)</sup> . ويتفق مع رأى فقهاء الشيعة الامامية <sup>(٣)</sup> ، وبعض فقهاء الزيدية <sup>(٤)</sup> . وكذا يرى الامام ابن حزم من فقهاء الظاهرية أن الخلع في هذه الحالة باطل ويرد الزوج لزوجته ما أخذه منها وهى امرأته كما كانت ويطلق طلاقه ويمنع من طلبها قطع <sup>(٥)</sup> .

ويرى المالكية ان الزوج لا يحل له أن يأخذ من زوجته شيئا وهو مضار لها ، فان فعل لزمه الطلاق ويرد ما أخذ <sup>(٦)</sup> . فقصروا أثر النهي هنا في القضاء على عدم جواز أخذ شيء من المرأة ورد ما يكون قد أخذه الا أن الطلاق يقع .

---

(١) كشف الغطاء ج ٣ ص ١٢٦ ، وشرح للنتهى بهامشه ص ١٨٤ ، ويراجع ذلك عندم إلى أن التهى في قوله تعالى « ولا تضلوهن لتضلوهن » يقتضى الفساد . الا أنه اذا وقع الخلع في هذه الحالة بلفظ الطلاق أو تيته فيقع عليها الطلاق رجعيا ولا يستحق بدل الخلع — الرجكان السابقان ، وإن ضار الزوج زوجته بالضرب ونحوه مما تقدم ولم يكن قصده من ذلك أن تفتدى منه فالخلع صحيح لأنه لم يعضلها لينهب يعض مالها ولكن عليه أم الظلم — كشف الغطاء ج ٣ ص ١٢٧ .

(٢) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٧ . ويقع الطلاق في هذه الحالة رجعيا . وهناك رأى آخر لم يقضى بأن الزوجة تبين ووجهه أن المضل لا يجبر اكراها على الخلع بخصوصه — المرجع السابق وحاشية الشيرازى بهامشه . وقول ان هذا القول لا يبعد مخالفة رأى الأول لأن المسألة ترجع الى بيان قصد من المضل فاذا تحقق كونه المضل لا اكراه على الخلع فيحقق الحكم على هذا القول الأخير مع رأى الأول المذكور بالمتن .

(٣) مجمع البيان للطبرسى ج ١ ص ١٣٩ و ٢٥١ و ٢٥٢ .

(٤) المنتزع المختار ج ٢ ص ٤٣٦ بالهامش رقم ١١ .

(٥) المحلى ج ١٠ مسألة ١٩٧٨ ص ٢٣٥ و ٢٤٣ .

(٦) مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٤ ، والحرفى ج ٤ ص ٢٤ .

ولكن وقوع الطلاق ليس معناه أن الخلع يجوز، فهو غير جائز عندهم في هذه الحالة، ولكنهم قصروا أثر النهي هنا على الديانة. وبذلك تبقى القاعدة التي ذكرناها في صدر هذا الموضوع مسلمة، وليس أدل على ذلك من قول الامام ابن رشد الكبير في كلامه على ما يجوز من الطلاق وما لا يجوز مانعه «وانما يجوز منه ما كان على وجه الخلع بشيء تعطيه من مالها أو تركه له من حقه (لعل الأصح من حقها) أو يلزمه من مؤنة حمل أو رضاع أو ما أشبه ذلك بما تجوز المخالعة به في الموضع الذي أجازته الله تبارك وتعالى فيه وهو اذا كان النشوز من قبل المرأة ولم يكن منه في ذلك ضرر اليها»<sup>(١)</sup>.

أما على مذهب أبي حنيفة في الحالة التي نحن بصدها يقع الطلاق ويكون بدل الخلع من حق الزوج قضاء ولكنه يحرم عليه أخذه ديانة. ووجه قولهم هو أن الحرمة ديانة ثابتة من الإجماع على حرمة أخذ المال بغير حق ومن ذلك إمساك الزوج لزوجته لرغبة بل لإضراراً وتضييقاً ليقطع مالها في مقابل خلاصها من الشدة التي هي فيها معه وقد قال تعالى «ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا»<sup>(٢)</sup>، وأما صحة أخذ الزوج بدل الخلع قضاء فقد بنوه على أن قوله تعالى «فلا جناح عليهما فيما اقتدت به»<sup>(٣)</sup> يدل على شيئين: الأول

(١) مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٧٨. وقد اتفق الامام ابن حزم قول المالكية ووصله بأنه منافية «لأنه ان لزمه الطلاق وجب له تملك ما أخذه عوضا عن الطلاق وان لم يجب له تملك ما أخذه عوضا من الطلاق لم يلزمه الطلاق لأنه لم يطلق مطلقا بل طلاقا بعوض لولاه لم يطلق»<sup>١</sup>، منه — المحلى ج ١٠ ص ٢٤٣، والضهير في كلامه يرجع للزوج، ونقول أن النقد الذي وجهه ابن حزم لقول المالكية يندفع اذا اعتبرنا بدل الخلع تعويضا للزوج عن حل رابطة الزوجية كما تقدم بالهامش رقم ٤ من صفحة ٢٢١ فإن الزوج بمضارته لزوجته وإكراهها على طلبها الاختلاع منه يكون هو النسب في الطلاق فلا يكون له حق في بدل الخلع الذي هو تعويض عن هذا الطلاق وأما سريان الطلاق فراجع الى أن الزوج قد أوقفه فعلا والواقع لا يرفع.

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٢١.

(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٢٩.



جواز الحكم ببدل الخلع قضاء أى صحته ونفاذه ، والثانى حل ذلك ديانة ، وقد امتنع الحل ديانة لقوله تعالى « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قسطا فلا تأخذوا منه شيئا »<sup>(١)</sup> ، ولكن بقيت صحة الأخذ في القضاء لأن النهى عن الأخذ في الآية المتقدمة لا يقتضى الفساد لأنه لم يكن لذات الأخذ وإنما كان لغيره وهو زيادة إحشاش الزوجة<sup>(٢)</sup> . إلا أن فى هذا القول نظرا ، ومن فقهاء الحنفية أنفسهم من أدرك بطلانه ورجح عليه قول أهل الظاهر الذى سبق أن ذكرناه ، ومن هؤلاء الفقهاء الكمال بن الهمام صاحب فتح القدير فقد عقب على قول الحنفية الذى لحصناه بقوله ما نصه « ولتأمل أن يقول إذا ترك ( أى جواز أخذ بدل الخلع ) فى حق الاباحة لعارض يلزم اتفاء النفاذ شرعا وذلك لأن دلالة على النفاذ ليس إلا دلالة التزامية للاباحة لأن دلالاته المطابقة على الاباحة إذ هى المعنى المطابق لتنى الجناح ويلزم من ثبوت الاباحة النفاذ فإذا ارتفعت الاباحة ارتفعت بلازمها إلا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعا وهو معدوم وعلى هذا يظهر قول الظاهرية »<sup>(٣)</sup> .

ومن قبيل ذلك أيضا ما جاء فى الخلع الذى يقع مع الاجنبى : فقد أجاز فقهاء الشريعة الاسلامية وقوع الخلع بين الزوج وأجنبى بأن يتفق شخص مع الزوج على أن يخلع هذا الاخير زوجته ويتعهد الاجنبى بدفع بدل الخلع للزوج .<sup>(٤)</sup> وحكم هذا الخلع أن الفرقة تقع ويتأزم الاجنبى بدفع البدل

(١) سورة النساء آية رقم ٢٠ .

(٢) يراجع فى ذلك فتح القدير ج ٣ ص ٢٠٣ .

(٣) فتح القدير للرجع السابق . ويراجع قد ابن حزم لقول الحنفية فى الحل ج ١٠ ص ٢٤٣ .

(٤) فتح القدير ج ٣ ص ٢٢١ ؛ ومواهب الجليل ج ٤ ص ١٩ ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٤٨ ؛ وكشاف الفتاوى ج ٣ ص ١٢٧ . ولا يتوقف الخلع هنا على رضا الزوجة لأن الزوج يملك إيقاع الطلاق من نفسه بغير رضا زوجته ، والبدل يجب على من التزم به لا من الزوجة — للراجع السابقة .

للزوج . إلا أن من علماء المالكية من استظهر أن جواز وقوع الخلع مع الأجنبي يتقيد بوجوب أن يكون مقصوداً به تحقيق مصلحة أو درء مفسدة ولا يصح إذا كان القصد منه الإضرار بالزوجة ، فقد جاء في مواهب الجليل للخطاب ما نصه : ينبغي أن يقيد المذهب بما إذا كان الغرض من التزام الأجنبي ذلك للزوج حصول مصلحة أو درء مفسدة ترجع إلى ذلك الأجنبي مما لا يقصد به إضرار المرأة وأما ما يفعله أهل الزمان في بلدنا من التزام أجنبي ذلك وليس قصده إلا إسقاط النفقة الواجبة في العدة للمطلقة على مطلقها فلا ينبغي أن يختلف في المنع ابتداء وفي انتفاع المطلق بذلك بعد وقوعه نظر ، (١) .

#### الوجه الثاني — يتقيد حق طرفي الخلع بوجوب عدم ترتب ضرر عليه

وهذا الضرر قد يقع بالزوجة وقد يقع بغيرها . فأما عن الضرر الذي يقع بالزوجة فثمة ما تقدم في خلع الأجنبي ، وهو صورة مشتركة بين هذا الوجه والوجه السابق ، وقد أدرجناه فيما يدخل في الوجه الأول لأنه في نظرنا أولى لأن بالخلع فيه خروجاً عن المقصود الشرعي منه . وأما عن الضرر الذي يصيب الغير من الخلع فهو ممنوع ، وقد عمل الفقهاء فيما قرروه من الأحكام على منعه . والقاعدة في ذلك هي أن ما شمله الاتفاق على الخلع يسرى على الطرفين إلا في الحالة التي تضر بالغير فإن اتفاق الزوجين يتقيد من نفسه بما لا يمس حق غيرهما ، وذلك يرجع إلى ما سبق أن ذكرناه في المقدمة من أن حق الغير محافظ عليه شرعاً ولو عند استعمال الإنسان لخالص حقه .

ومن التطبيقات التي عثرنا عليها لهذا المبدأ ما يأتي :-

١- خلع المريضة : فإن الخلع يجوز من الصحيحة والمريضة ، إلا أنه

(١) . مواهب الجليل ج ٤ ص ١٩ . وقد نصوا في هذه الحالة على أن الطلاق يقع لأنه لا يرتفع بعد وقوعه — المرجع السابق .

لما كان الخلع يتضمن خروج شيء من مال الزوجة وهو ما تدفعه لزوجها بدلا عن الخلع فقد قيد فقهاء الشريعة الإسلامية حق الزوجين في تقدير بدل الخلع إذا كانت الزوجة مريضة مرض الموت لأنها يتمان في هذه الحالة بقصد الاضرار بالورثة بأخراج شيء من مالها. والقييد الذي فرضه الفقهاء يتفق مع الحكمة الداعية إليه وهو رفع الضرر الذي يقع بالورثة، ويقتصر على ذلك. ومن أجل هذا أجمعوا على أن الخلع يصح ويأخذ الزوج من بدل الخلع القدر الذي تنتفي معه شبهة الاضرار بالورثة. وتطبيقا لذلك نص فقهاء الحنفية على أن الزوجة إن اختلعت في مرض موتها وماتت بعد مضي العدة فيعتبر بدل الخلع كله وصية وينفذ من ثلث التركة فقط، وإن ماتت في أثناء العدة فنقد أبي يوسف ومحمد يكون الحكم كذلك لأن الزوج لم يصبح وارثا بالفرقة، وعند أبي حنيفة يعطى الزوج الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع ومن ثلث التركة إذ أن تهمة الاضرار بالورثة تنتفي باعطائه الأقل منها فقط (١). وعند الشافعية يكون للزوج المخلع قدر مهر المثل من بدل الخلع وما زاد على مهر المثل يعطاه من ثلث التركة لأن هذا الزائد هو الذي يعتبر تبرعا (٢) ومن ثم يكون مضرا بالورثة. وللبالكية رأيان: رأى يقضى بأن يرد جميع بدل الخلع ولا يرث الزوج شيئا، ورأى آخر وهو الراجح يقضى برد ما زاد على قدر إرث الزوج فقط (٣). ويظهر من ذلك أن الفكرة متحدة عند الجميع وهي ترمى إلى منع الاضرار بالورثة، والخلاف قائم بينهم في تطبيقها فقط.

٢ — المحجور عليها للفلس لو خالعت بمعين من مالها لم يصح لتعلق حق الغرماء به (٤).

(١) البحر ج ٤ ص ٨١ و ٨٢؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٢١٨؛ وكتاب أحمد إبراهيم بك بند ٤٥٠.

(٢) الأم ج ٥ ص ١٨٢ و ١٨٣؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٥٠.

(٣) مواهب الجليل ج ٤ ص ٣٢؛ والحرقى ج ٤ ص ٢٣؛ وحاشية المدوى بهامشه.

(٤) كشاف الفتاوى ج ٣ ص ١٢٨.

٣ — الزوجة ان تختلع من زوجها على أن تقوم بنفقة ولدها منه مدة معينة وتلتزم هي بالنفقة ، إلا أنها إذا أعصرت أجبر الزوج على الاتفاق على ولده ويرجع عليها عند يسارها (١). وكذلك لو اختلعت من زوجها على أن تمسك ولدها منه حتى البلوغ صح ذلك في الأنثى ولا يصح في الغلام ، كما لا يصح الاتفاق على أن يمسك الأب ولده مدة الحضانة ويكون لأم الصغير أخذه ، وعلى أى حال لو تزوجت الأم بغير محرم للصغير فللأب أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها وإن اتفقا في الخلع على ذلك .  
والحكمة في كل هذا صيانة حق الولد ودفع الضرر عنه (٢) .

---

(١) وقال البعض أن النفقة تسقط عن الأب في هذه الحالة إلا أنه قول مرجوح والاعتداع على ما ذكره بلقن — يراجع فتح القدير ج ٣ ص ٢١٨ ؟ وكتاب أحمد إبراهيم بك بند ٤٤٥ ص ٣٠٦ .

(٢) فتح القدير للرجع السابق ؟ وأحمد إبراهيم بك بند ٤٤٤ و ٤٤٥ ص ٣٠٥ .

## الفصل الثاني

### في الطلاق

الطلاق <sup>(١)</sup> أحد الأسباب التي تحصل بها الفقرة بين الزوجين، وهو أكثرها حدوثاً لأن إيقاعه مفروض للزوج وحده فلا يتقيد برضاء المرأة به <sup>(٢)</sup>. وهو مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة. فأما عن الكتاب فلقوله تعالى «الطلاق مرتان فامسك بمعروف أو تسريح بإحسان» <sup>(٣)</sup>، وقوله «يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن» <sup>(٤)</sup>. وأما عن السنة فما روى من أن النبي (ص) طلق إحدى زوجاته ثم راجعها. وقد أجمعت الأمة الإسلامية على مشروعيته، وطلق فريق من كبار الصحابة نساءهم، منهم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه <sup>(٥)</sup>. وقد شرع للتخلص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى بحيث يفوت الغرض المقصود من النكاح وينقلب مضرة <sup>(٦)</sup>.

وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان الأصل في الطلاق الإباحة أو المحظر. فقال بعضهم إن الأصل فيه الإباحة، واستدلوا على ذلك بأطلاق الآيات القرآنية، وبأن النبي (ص) طلق إحدى نساياه، وكذلك فعل بعض الصحابة.

- 
- (١) الطلاق في اللغة حل الوثاق وهو مشتق من الاطلاق وهو الارسال والترك وفي  
الفرع حل عقدة التزويج فقط - نيل الأوطار ج ٧ ص ٤ .  
(٢) أحمد إبراهيم بك بند ٣٦٩ .  
(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٢٩ .  
(٤) سورة الطلاق آية رقم ١ . وقد ورد بالقرآن الكريم عدة آيات أخرى مينة  
لأحكام الطلاق وهي كلها تدل على مشروعيته .  
(٥) يراجع في ذلك نيل الأوطار ج ٧ ص ٢ ؛ واليسوط ج ٦ ص ٣ .  
(٦) فتح القدير ج ٣ ص ٢١ ؛ والبحر ج ٣ ص ٢٥٢ ، وكشاف الفتاوى ج ٣ ص ١٣٩ .

ويرى بعضهم بحق أن الأصل فيه الحظر، واستدلوا على ذلك بما روى عن النبي (ص) أنه قال: «أبغض المباحات عند الله الطلاق»، وقوله «لعن الله كل ذواق مطلق»، ولأن في الطلاق إزالة لنعمة النكاح التي أشير إليها في قوله تعالى «ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة»<sup>(١)</sup>. وترتفع صفة الحظر هذه إذا وجد سبب يدعو إليه مما يتفق مع الحكمة التي من أجلها شرع، فإن لم يكن لحاجة فهو على أصله من الحظر. ولا يمكن أن يحمل طلاق النبي (ص) وأصحابه على فعله بلا سبب أصلا بأن يكون لغوا وعشا بل لا بد من سبب معتبر شرعا<sup>(٢)</sup>.

ويفرق فقهاء الشريعة الإسلامية بين إيقاع الطلاق ووقوعه، لأن الإيقاع فعل الزوج ولذلك يوصف بالحل والحرمة، وأما الوقوع فليس بفعل الزوج وإنما هو حكم الشرع ولذلك لا يوصف بالحل. ولا بالحرمة<sup>(٣)</sup>. ويظهر أثر هذه التفرقة فيما بعد حيث نرى أن إيقاع الطلاق قد يكون محرما ويؤخذ الزوج عليه ومع ذلك فالطلاق يقع ويترتب عليه حكمه.

ولقد قيد فقهاء الشريعة الإسلامية حق الزوج في إيقاع الطلاق بما يتفق والحكمة التي دعت لتشريعه، وبما فيه منع الاضرار بالمطلقة غير ما يصيبها من

(١) سورة الروم آية رقم ٢١.

(٢) يراجع فتح القدير ج ٣ ص ٢٢؛ والبحر ج ٣ ص ٢٥٢-٢٥٥؛ ومنحة الخالق على هامشه. ويرى البعض أن صفة الحظر لا ترتفع إلا لكبر أو رية. ولكن الأصح هو أن صفة الحظر ترتفع إذا وجد سبب يدعو إليه وهذا السبب لا يقتصر على الكبر أو الرية — يراجع في ذلك فتح القدير ومنحة الخالق المرجعان السابقان؛ وجمع الأنهر ج ١ ص ٣٧٠ و٣٨١؛ وابن عابدين ج ٢ ص ٥٧١ و٥٧٢. ومن هذا الرأي فقهاء المذهب الأخرى غير الحنفية — يراجع منح الجليل ج ٢ ص ٢٠٢ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٦٨؛ وكشاف الفتاوى ج ٣ ص ١٣٩. وقد استند الفقهاء على هذا الاعتبار في تحليلهم في كلامهم على طلاق البدعة. ومن يقول أن الأصل في الطلاق الاباحة الزيلعي ج ٢ ص ١٨٩؛ وصاحب البحر المرجع السابق.

(٣) الزيلعي ج ٢ ص ١٩٤.

بمجرد الطلاق . ولما كان الطلاق في ذاته مضرا بالزوجة في أغلب الحالات فقد رتبته الشريعة على وقوعه أحكاما ترمى الى تخفيف هذا الضرر .  
وستتكمّل في ذلك فنبعث أولا فيما يتقيد به حق الزوج في إيقاع الطلاق ، ثم نبعث في الحكم الذي رتبته الشريعة على إيقاعه ، وبعد ذلك نستعرض ما رآه القضاء المصري الحديث في ذلك .

### الفرع الأول — فيما يتقيد به حق إيقاع الطلاق (١)

يتقيد حق الزوج في إيقاع الطلاق بما تتقيد به الحقوق على وجه العموم في الشريعة الاسلامية ، فهو يتقيد بوجوب أن يكون استعماله متجها لتحقيق الحكمة التي من أجلها شرع ، وبأن لا يكون بطريقة هي في ذاتها مسيئة لضرر يلحق بالمطلقة فوق ما يصيبها من حل رابطة الزوجية . وقد تكلم فقهاء الشريعة طويلا في ذلك في بحثهم لما اصطلاحوا على تسمية بطلاق السنة وطلاق البدعة ،

(١) لا تعرض هنا للبحث في الألفاظ التي يقع بها الطلاق فهو أمر يخرج عن نطاق بحثنا وتكتفي هنا بالإشارة إلى أن علماء المذاهب الاسلامية اختلفوا في بيان هذه الألفاظ ففرق ضيق فيها وفرق أسرف وفرق اتخذ له بين الرايين سبيلا وسطا . فمن ضيق في ألفاظ الطلاق الشيعة الامامية فان الطلاق لا يقع عندم إلا بلفظ « الطلاق » لا بغيره من كنيات الطلاق سواء أراد بها الطلاق أو لم يرد بها — مجمع البيان للطبرسي ج ٢ ص ٥١٠ . ويلهم في ذلك أهل الظاهر . فقد قرر الامام ابن حزم أن الطلاق لا يقع الا بلفظ من أحد ثلاثة ألفاظ اما الطلاق واما السراح وأما الفراق وما عدا هذه الألفاظ فلا يقع بها طلاق البتة نوى بها طلاق أو لم ينو — المحلى ج ١٠ مسألة رقم ١٩٥٦ و ١٩٥٧ ص ١٨٥ و ١٨٦ . وأما فقهاء المذاهب الأربعة السنية فقد أسرفوا في بيان الألفاظ التي يقع بها الطلاق خصوصا للتأخيرين منهم حتى ليخيل للمرء أنهم اتصافوا جمعا كل قوائم ليهاجوا غنمة الزواج فيطوخوا عما لم يخطر ببال أحد من السابقين — تراجع بحجة الأحكام الشرعية ص ١ ص ٥٥ من مقال « الطلاق في الاسلام » بقلم « مستبصر خير الأمة » . ويكتفي بالإطلاع على ما كتبه الفقهاء للتأخرون في هذا الباب ليتبين صدق هذا القول . وقريب من المذاهب السنية مذنب الشيعة الزيدية — تراجع للنتزع المختار ج ٢ ص ٣٨٣ وما بعدها . وغنى عن البيان أن التضييق في بيان الألفاظ التي يقع بها الطلاق أولى من التوسع في ذلك لما يترتب على الطلاق من حل رابطة الزوجية التي حاطتها المذاهب الاسلامية بالكثير من الرعاية .

وهم يقصدون بالأول الطلاق المشروع وبالثاني الطلاق المحرم، كما أطالوا في بيان ما يترتب على الخروج عن هذه القيود من النتائج. ولعل الذى دعاهم الى ذلك هو ما يشوب هذا الحق من الكراهية لما فيه من حل رابطة الزوجية وهو فى الغالب مضر بالمرأة. وستكلم فى هذه القيود التى ترجع فى النهاية إلى الزوجين المذكورين آنفا ثم نعقب عليهما ببيان الأثر المترتب على تجاوزها.

أولاً — بنظر استعمال الزوج لحق ايقاع الطلاق بموجب مطابقة للحكمة التى دعت الى تسريعه.

قدمنّا أن الحكمة التى دعت الى مشروعية الطلاق هى الخلاص من رابطة الزوجية عند تباين الأخلاق وعروض البغضاء الموجبة عدم اقامة حدود الله تعالى بحيث يفوت الغرض المقصود من النكاح ويتقلب مضرة. وقيام هذه الحكمة شرط لا باحة الطلاق فإذا لم تتم كان ايقاع الطلاق على غير الوجه المباح شرعاً فيحرم. ونجد تطبيقاً لذلك فيما ذكره الفقهاء من الأحكام فيما يأتى: —

١ — يكون ايقاع الطلاق مكروهاً اذا كان بلا حاجة تدعو اليه لقوله تعالى «فان أظعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً» (١) أى فلا تطلبوا الفراق وعليه الحديث «أبغض المباحات عند الله الطلاق» (٢).

٢ — اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية من جميع الفرق والمذاهب على تحريم الطلاق فى الظاهر الذى يكون الزوج قد جامع فيه زوجته. (٣) والعلة

(١) سورة النساء آية رقم ٣٤.

(٢) منحة الخالق ج ٣ ص ٢٥٤ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٦٨؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١٢٩.

(٣) للبسوط ج ٦ ص ٤ وما بعدها؛ والبدائع ج ٣ ص ٨٨ والحرشى ج ٤ ص ٣٢؛

ونهاية المحتاج ج ٦ ص ١٠٩؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١٤٤؛ ونيل الأوطار ج ٧ ص ٤ وما

بعدها؛ والمحلى ج ١٠ مسألة رقم ١٩٤٩ ص ١٦١؛ والمنترع المختار ج ٢ ص ٣٨٨؛ وجميع البيان

للطبرى ج ٢ ص ٥١٠. وقد اختلفوا فى بيان أثر النهى قطعاً كما سيأتى.



التي ذكروها لذلك هي أن الطلاق أيسر لحل عقدة النكاح عند عدم توافق الأخلاق، فيجب أن تكون هذه المحكمة الداعية إليه متوافرة. ولما كان عدم موافقة الأخلاق أمراً باطناً لا يوقف على حقيقة فقد أقام الشرع السبب الظاهر الدال عليه وهو الطهر الذي لم يجمع الزوج فيه زوجته مقام حقيقة الحاجة لعدم موافقة الأخلاق لأنه زمان الرغبة فيها طبعاً وشرعاً فلا يختار الزوج فراقها إلا للحاجة، <sup>(١)</sup> ولأن الجماع قد يؤدي إلى الحمل والحمل يقوى الرغبة في الإمساك فلا تكون هناك حاجة للطلاق فإذا وقع الطلاق بعد الجماع فقد يؤدي إلى الندم وبذلك يكون الطلاق قد وقع على غير رغبة صادقة <sup>(٢)</sup>. ومن أجل ذلك قالوا بجواز إيقاع الطلاق بالحامل بعد سماعها لأن الحمل يزيد الرغبة فيها لرعاية مصلحة الولد فيكون إيقاع الطلاق بعد ظهوره دليلاً على عدم موافقة الأخلاق <sup>(٣)</sup>.

٣ — إذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقاً بائناً فإنها ترثه <sup>(٤)</sup> :  
والعلة في ذلك هي أن المريض الذي يطلق زوجته يتهم بأنه قصد بطلانها حرمانها من الميراث فيرد عليه قصده <sup>(٥)</sup>. ويلاحظ أن قيام هذه التهمة يغلب.

(١) المبسوط ج ٦ ص ٤٤ والبدائع ج ٣ ص ٨٨ .

(٢) المبسوط ج ٦ ص ١٠ و ١٢ والخروشي ج ٤ ص ٣٢ ؛ ومنع الجليل ج ٢ ص ٢٠٢ ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ١١٠ .

(٣) المبسوط ج ٦ ص ١٠ .

(٤) وعند الشافعي لا ترث لأن الزوجية التي هي سبب الإرث قد زالت بالطلاق البائن — أحمد إبراهيم بك بند ٤٢٩ ص ٢٨٦ ؛ وفتح القدير ج ٣ ص ١٥١ حيث ذكرت أدلته والرد عليها . والذين قالوا بجوريتها اقتصروا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث ما دامت في العدة ومن قال بفسك أبو خنيفة وأصحابه والثوري ، وقال قوم لها الميراث ما لم تنزوج ومن قال بهذا أحمد وابن أبي ليلى وقال قوم بل ترث كانت في العدة أو لم تكن تزوجت أم لم تنزوج وهو مذهب مالك والشافعي — بداية المجتهد ج ٢ ص ٧٢ بنصه . ويراجع تطبيقاً لمذهب أبي خنيفة حكماً المحكمة العليا الشرعية في ١٢ أكتوبر سنة ١٨٩٨ و ١١ مايو سنة ١٩٠٥ بمجلة المحاماة ص ٧ ص ٩٣٢ و ٩٣٣ رقم ٥٤٠ و ٥٤٢ .

(٥) الهداية ج ٢ ص ٢ ؛ وبداية المجتهد الرجوع السابق .

كون إيقاع الطلاق غير متفق مع الحكمة التي دعت لتشريعها على ما مر لأن المقصود بالطلاق الفقرة وهي حاصلة بالموت إذ الفرض أن المطلق يموت في مرضه الذي طلق فيه وبذلك يكون المطلق قد قصد بطلانه غير ما شرع له الطلاق (١).

ثانياً — بتغير استعمال الزوج لحق إيقاع الطلاق بموجب أنه يكون بحيث لا يرتب عليه ضرر بالزوجة.

والمقصود بالضرر هنا الضرر الذي يزيد على ما ينشأ عن حل رابطة الزوجية لأن الطلاق في ذاته مضر للمرأة غالباً كما تقدم. وبعبارة أخرى الضرر المقصود هنا ليس هو الضرر الذي ينشأ عن وقوع الطلاق مطلقاً وإنما هو الذي ينشأ عن وقوعه نتيجة لإيقاعه إما بكيفية مخصوصة وإما في وقت مخصوص ينشأ عنها ضرر بالمطلقة. ومن ذلك ما ذكره الفقهاء في الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة في طهر واحد، وفي الطلاق في أثناء الحيض.

فأما عن الطلاق الثلاث فإنه يحرم على الزوج أن يطلق زوجته ثلاثاً بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة في طهر واحد، وهو قول الحنفية (٢) والمالكية (٣) والحنابلة (٤) والامامية (٥) والزيدية (٦) والحكمة في ذلك هي أن الأصل

(١) فإذا كانت الزوجة هي التي باعرت الطلاق في مرض زوجها كأن يكون قد فوضه إليها أو إذا طلقها الزوج في مرض موته بسؤالها فإنها لا يرث — الهداية للرجع السابق؛ وفتح القدير ج ٣ ص ١٥٢ و ١٥٣؛ والفتاوى الهندية ج ١ ص ٣٥٣؛ لأن سؤالها الطلاق أو مبايعتها له يثن عن الزوج تهمة قصده حرمانها من الميراث.

(٢) للبسوط ج ٦ ص ٦؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٢٣ وما بعدها.

(٣) الحرسى ج ٤ ص ٣٢.

(٤) كشف القناع ج ٣ ص ١٤٤.

(٥) مجمع البيان ج ١ ص ١٤٩.

(٦) للنتزع المختار ج ٢ ص ٣٨٨.

في الطلاق هو الخطر ، وقد أبيح لحاصة الخلاص عند عدم موافقة الأخلاق .  
وذلك يحصل بالطلقة الواحدة من غير أن تحرم بها الزوجة على زوجها فيكون  
لديه مجال لمراجعتها اذا ندم ، فاذا أوقع ثلاث تطليقات فقد سد باب التلافي  
والتدارك عند الندم ، وعارض الشارع لأنه ( أى الشارع ) جعل الطلاق  
متعدد المعنى التدارك عند الندم ؛ فضلا عن ذلك فان المطلق ثلاثا قد أضر  
بالمرأة من حيث أبطل عيلتها بطلانه هذا (١) .

وأما عن الطلاق في أثناء الحيض فقد أجمع فقهاء الشريعة الاسلامية  
على أنه يحرم على الزوج إيقاع الطلاق بزوجته اذا كانت حائضا . (٢) والعلة

(١) المبسوط ج ٦ ص ٦٦؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٢٣ . ويلاحظ هنا ما رآه الامام ابن قيم  
الجوزية من أن الفرية جاءت مدة ثلاث حيض ليطول زمن الرجعة ويترى الزوج ويمكن  
من الرجعة في مدة المدة — زاد اللام ج ٢ ص ٢٣٩ . وهذا المعنى هو الذى دعا المالكية  
الى القول بأن الطلاق للسنة هو الذى يكون واحدة فقط ولا يزداد عليها ويحرم على الزوج  
إيقاع غيرها حتى تنتهى المدة — الحرفى المرجع السابق . ويرى الحنفية أن أحسن الطلاق  
هو ما كان كذلك إلا أنهم أباحوا إيقاع الطلاق ثلاث مرات في ثلاثة أشهر بغير حرمة وذلك  
لتجدد رغبة الزوج في إسك زوجه في كل طهر — المبسوط وفتح القدير المرجعان السابقان ،  
وحرم بعضهم إيقاع طقة واحدة ياتية للمنى المذكور بالمتن — فتح القدير ج ٣ ص ٢٨ ؛  
والبر ج ٣ ص ٢٥٦ و ٢٥٧ . والمناظرة على أن أحسن الطلاق ما كان واحدة فقط ويكره  
للزوج طلاق زوجته مرتين قبل رجعة ولا يحرم عليه ذلك لأن الطلقتين لا تحرمان الزوجة عليه  
خلف التدارك إذا ندم وإنما السكرامية لأنه فوت على نفسه طقة بغير فائدة — كشف النقاب  
ج ٣ ص ١٤٥ . ويرى الشافعية جواز جمع الطلقات الثلاث وحجبتهم في ذلك أن رجلا ( اسمه  
عومر المجلاني ) لاعت امرأته أمام النبي ( ص ) ثم طلقها ثلاثا بحضوره قبل أن يخبره رسول  
الله ( ص ) بحرمتها عليه باللعان ولم ينكر عليه رسول الله ( ص ) ذلك — تراجع نهاية المحتاج  
ج ٦ ص ١١٢ و ١١٣ . ويرى المالكية في ذلك أنه باللعان خربت عليه امرأته فوقع طلاقه  
في غير عله كأنه طلق أجنبية عنه فلا يحتج بهذه الواقعة في القول بجواز هذا الطلاق —  
مقتضيات ابن رشد ج ٢ ص ٧٧ . ومن يرون جواز إيقاع الطلاق ثلاثا بمجموعة ابن حزم —  
المحلى ج ١٠ مسألة رقم ١٩٤٩ ص ١٦١ و ١٦٢ وما بعدها .

(٢) والأصل في ذلك ما روى عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض وكان ذلك في  
عهد رسول الله ( ص ) فسأل عمر رسول الله ( ص ) عن ذلك فقال له : « مره فليراجعها ثم

في ذلك كما قال الفقهاء هي أن في الطلاق أثناء الحيض ضرراً بالمطلقة بتطويل  
العدة عليها إذ أن الحيضة التي وقع الطلاق فيها لا تحتسب<sup>(١)</sup>. ولهذا ولأن  
الضرر خاص بصيب المطلقة نصوا على أنه لو سألت الزوجة زوجها الطلاق  
وهي حائض فلا يحرم عليه إيقاعه لرضاها بطول العدة<sup>(٢)</sup>.

### في الأثر المترتب على تجاوز ممدود من إيقاع الطهر

كان اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في بيان الأثر المترتب على تجاوز  
حدود حق إيقاع الطلاق أشد وأظهر من اختلافهم في بيان الطلاق المسنون

لمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك  
العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء « وهو حديث متفق عليه — بلوغ المرام ص ٢٢٣  
رقم ١٠٩٩ ؛ وراجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٤ وما بعدها وما ورد في آخر الحديث إشارة  
لقوله تعالى « يأيتها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن ... » سورة الطلاق آية رقم ١ .  
وحكم تحريم الطلاق في أثناء الحيض متفق عليه بين جميع الفرق والمذاهب الإسلامية — راجع  
المبسوط ج ٦ ص ٧ ؛ وفتح القدير ج ٣ ص ٢٤٧ و ٢٤٨ ؛ ومواهب الجليل ج ٤ ص ٤٠ ؛ والحري  
ج ٤ ص ٣٣ ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ١٠٩ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١٤٤ ؛ ومجمع البيان  
للطبرسي ج ٢ ص ٥١٠ ؛ والمنتزع المختار ج ٢ ص ٣٨٨ ؛ والمجلد ج ١٠ مسألة رقم ١٩٤٩ ص ١٦١ .  
(١) وهذا على قول الحنفية الذين يقولون إن العدة تحسب بالحيضات ولهذا المعنى قال بعضهم  
إن الأحسن أن يطلقها في آخر الطهر ليكون أبعد عن إطالة العدة — المبسوط ج ٦ ص ٧ و ٨ .  
وتعليل المنع بهذا هو ما قاله فقهاء الشافعية وبعض المالكية ، وقال البعض الآخر إن المنع هنا  
تعب لا تعلم له عللة — الحري ج ٤ ص ٣٤ ، وحاشية المدوئ بهامشه ، وراجع نهاية المحتاج ج ٦  
ص ١٠٩ ، وتطويل العدة عندما يكون بما بقي من مدة الحيض لأن العدة على رأيهم تحسب  
بالاطهار — راجع الخلاف في تفسير الأقراء في بداية المختص ج ٢ ص ٧٧ وما بعدها .  
وبلاحظ أن في تحريم إيقاع الطلاق في أثناء الحيض معنى يرجع إلى عدم تحقق كمال الرغبة وخوف  
الندم لأن حالة الحيض زمن نفرة الطبع عن الزوجة ، كما أن في تحريم التطلق عقب الجماع معنى  
يرجع إلى منع الضرر عن المرأة لاشتباه أمر العدة عليها هل تعتد بالأقراء أو بوضع الحمل — راجع  
المبسوط ج ٦ ص ٦ و ١٠ .

(٢) الحري ونهاية المحتاج المرجعان السابقان -- وعلى هذا الأساس أجازوا الخلع في  
أثناء الحيض — المرجعان السابقان ؛ والبحر ج ٣ ص ٢٥٧ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١٤٦ .

وما خرج عن السنة . وقد اتفقوا جميعا على أن الطلاق البدعي ، وهو ما يوقعه الزوج متجاوزا فيه القيود المتقدمة ، طلاق محرم ديانة بحيث يأثم الزوج لا يقاعه . وعلى هذا الاثر اقتصر فريق كبير من علماء الشريعة الاسلامية فأقروا الطلاق الذي يكون كذلك . وفريق آخر يرى أن مثل هذا الطلاق لا يقع ، فهو على النقيض من رأى الأول . وفريق ثالث توسط بين الرأيين فقضى بوقوع الطلاق ولكن بقيود معينة ترمى الى رفع الضرر الناتج عنه أو تخفيفه .

### الرأى الأول - الاقتصار على الحرمة الدينية

يقضى هذا الرأى بأن الزوج إذا أوقع الطلاق فانه يقع كما أوقعه ويترتب عليه حكمه الشرعى ، سواء كان ايقاعه على وجه السنة أو كان مخالفا لها . فان كان على وجه السنة فلاشئ على المطلق ، وان خالفها بأن تجاوز القيود السالفة ، كما لو طلق فى أثناء الحيض ، أو فى طهر جامع فيه ، أو طلق ثلاثا باقظ واحد أو بالفاظ متتابعة ( على رأى من يقول بمنع هذا الطلاق ) فانه يأثم ديانة . وعلى هذا الرأى فقهاء المذاهب الاربعة السنية <sup>(١)</sup> ، ومذهب الشيعة الزيدية <sup>(٢)</sup> .

### الرأى الثانى - عدم وقوع الطلاق .

يقول أصحاب هذا الرأى ان الطلاق البدعى لا يقع ، فمن طلق زوجته

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢٤ ؛ ومواهب الجليل ج ٤ ص ٣٩ ؛ والمحرض ج ٤ ص ٣٢ و ٣٣ ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ١٠٨ ؛ وما بعدها ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ١٤٤ وما بعدها . وتراجع جميع هذا الفريق فى فتح القدير المرجع السابق ؛ وبيل الأوطار ج ٧ ص ٤ وما بعدها . وفيما يتعلق بالطلاق الثلاث تراجع مقال « الطلاق الثلاث » لشيخ محمد عبد العزيز الحول بمجلة القضاء الشرعى س ٤ ص ١٨١ وما بعدها ؛ ومقال « حول فتوى الطلاق الثلاث » - رد على قد « بقلم « عبد الرحمن المحيمونى » بمجلة المحاماة الشرعية س ١ ص ٦٨١ وما بعدها وس ٨٦٥ وما بعدها .

(٢) المتزوج المختار ج ٢ ص ٣٩٠ .

وهي حائض أو في طهر جامعها فيه أو ثلاثا بلفظ واحد فلا يقع الطلاق وتبقى الزوجة كما كانت . ووجه قولهم هذا هو أن الأمر بإيقاع الطلاق على وجه مخصوص يقتضى الإيجاب، فما وقع على غير هذا الوجه مخصوص لا يعتبر لما روى عن النبي (ص) أنه قال « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد » .<sup>(١)</sup> ومن هذا رأى فقهاء الشيعة الإمامية<sup>(٢)</sup>، وأهل الظاهر<sup>(٣)</sup> . وهو ما اختاره شيخ الاسلام ابن تيمية في الطلاق أثناء الحيض أو في طهر عقب جماع .<sup>(٤)</sup>

### الرأى الثالث — التوسط بين الرأيين السابقين .

لم يقل الفريق الذى يأخذ بهذا الرأى ان الطلاق البدعى لا يقع ، وإنما يتفق مع الفريق الأول في أنه يقع ، الا أنهم لم يقصروا أثر البدعة هنا على الحرمة الدينية بل عملوا على رفع المعنى غير المشروع في هذا الطلاق فيما يحتمله من أنواعه ، وذلك في الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة ، وفي الطلاق أثناء الحيض .

فأما عن الطلاق الثلاث فيرى فريق من الفقهاء أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد أو بألفاظ متتابعة تقع به طلاق واحدة رجعية ، ومن هذا الرأى بعض فقهاء الشيعة الإمامية<sup>(٥)</sup> ، والامامان ابن تيمية وابن قيم الجوزية .<sup>(٦)</sup> وقد

(١) رواه البخارى ومسلم ، وفي رواية لمسلم « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » — راجع في هذا الحديث وتطبيقه فقها جامع العلوم والحكم ص ٤٢ وما بعدها .

(٢) مجمع البيان للطبرسى ج ١ ص ١٣٩ في الطلاق الثلاث ، وج ٢ ص ١٠ في الطلاق أثناء الحيض أو في طهر جومع فيه . وراجع مقال « الطلاق الثلاث » السابق الإشارة اليه .

(٣) المحلى ج ١٠ مسألة رقم ١٩٤٩ ص ١٦١ وما بعدها . وذلك فيما عدا الطلاق الثلاث لأن جميع الطلقات جائز عنده كما تقدم .

(٤) الاختيارات الطبية ص ١٥١ .

(٥) مجمع البيان للطبرسى ج ٢ ص ٥١٠ .

(٦) تراجع الاختيارات الطبية ص ١٥١ ، وتراجع أدلتهم في أعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٤ .

ذهب إلى هذا القول بعض العلماء المعاصرين<sup>(١)</sup>. وهو ما أخذ به المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في المادة الثالثة منه<sup>(٢)</sup>.  
وأما عن الطلاق في أثناء الحيض فإن المالكية مع قولهم بوقوعه يقولون بأن الزوج يجبر على مراجعة مطلقته، فإن أبي هدهد القاضي ثم سجنه ثم ضربه وإن لم يراجعها رغم ذلك ارتجعها له القاضي<sup>(٣)</sup>. ويرى الأئمة أبو حنيفة والشافعي وأحمد أن الزوج يؤمر بالرجعة ولا يجبر عليها<sup>(٤)</sup>.  
ووجه وجوب الرجعة هنا هو رفع الضرر الناشئ عن الطلاق في الحيض بما سبق بيانه.

### الفرع الثاني — في الأثر المترتب على إيقاع الطلاق

إذا أوقع الزوج الطلاق بزوجه فإن الطلاق يقع بالاجماع إذا كان سنياً وهو ما وافق الحدود المرسومة له شرعاً كما تقدم، وعلى رأى فريق من الفقهاء سواه

---

وما بعدها؟ وزاد المادة ج ٢ ص ٢٥٦ وما بعدها؟ ونيل الأوطار ج ٧ ص ١٧ وما بعدها؟ ومقال «الطلاق الثالث» السابق الإشارة إليه.

(١) يراجع مقال «أجتهاد عمر — التطلق ثلاثاً بلفظ واحد» لأحد علماء مدرسة القضاء المرعي بمجلة القضاء المرعي ص ١ ص ٥ وما بعدها؟ وقد تنوى فضيلة مفتي الديار المصرية بلم ط ر «المنشور بمجلة المحاماة الشرعية» ص ١ ص ٤٧١ وما بعدها.

(٢) تراجع المذكرة الإيضاحية لهذا القانون.

(٣) وقد اختلفوا في الوقت الذي يجبر فيه المطلق على الرجعة فقال البعض بالاجبار مالم تظهر المطلق من الحيضة الثانية ولكن الرأى الراجح عندم هو أن المطلق يجبر على الرجعة ما دامت الزوجة في العدة — يراجع الخمرى ج ٤ ص ٣٣ و ٣٤. ولا يكون الاجبار على الرجعة إلا في الطلاق الرجعي — مواهب الجليل ج ٤ ص ٤٥.

(٤) بداية المجتهد ج ٢ ص ٥٦. والأسل الفتى بنى عليه الامام مالك رأيه في الاجبار على الرجعة هو حديث ابن عمر المتقدم ذكره في طلاق امرأته وهي حائض فإن النبي (ص) أمر عمر رضي الله عنه بأن يأمر ابنه بمراسمتها. ومن لم يرد الاجبار على الرجعة استند إلى أن الأمر بالأمر بالشيء ليس أمراً بترك الشيء — يراجع نيل الأوطار ج ٧ ص ٥، ونهاية المحتاج ج ٦ ص ١١١.

كان سنيا أو بدعيا . ومن هذا رأى الأخير فقهاء المذاهب الأربعة السنية كما ذكرنا .

ولما كان الطلاق قاطعا لرابطة الزوجية فهو فى الغالب مضر بالمرأة خصوصا اذا لوحظ أن حالها يتغير بعد الطلاق مما يجعل زواجها من جديد أمرا غير ميسور فى كثير من الحالات بخلاف حال الزوج . ومن أجل ذلك رتب الشريعة الإسلامية على الطلاق أثرأ يرى الى تخفيف هذا الضرر عن المطلقة وذلك بما تفرضه على الزوج من المتعة لمطلقته على ما يلى :

#### فى المتعة :

ليس من السهل وضع تعريف فقهى دقيق للمتعة يعرفها فى جميع المذاهب نظرا للاختلاف الحاصل فى أحكامها . الا أنه يمكن تعريفها بصفة عامة تقر بها للذهن بأنها ما يدفعه الرجل لمطلقته بعد الفرقة بينهما .<sup>(١)</sup>

وأساسها من التشريع ما ورد بالقرآن الكريم من قوله تعالى ولا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ،<sup>(٢)</sup> وقوله . وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين ،<sup>(٣)</sup> وقوله . يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا .<sup>(٤)</sup> وقد اختلف الفقهاء فى تأويل هذه الآيات :

(١) وصحبت بالمتعة لأن المطلقة تمتع بها أى تنضع — أحمد إبراهيم بك بند ٢٠٣ ؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٤ .

(٢) سورة البقرة آية رقم ٢٣٦ .

(٣) سورة البقرة آية رقم ٢٤١ .

(٤) سورة الأحزاب آية رقم ٤٩ .



فيرى البعض أن ما جاء بها عن المتعة ذكر على سبيل النذب والارشاد الى أن يتمتع الرجل مطلقته، فإن فعل فيها وإلا لم يجبره الحاكم على دفعها. (١) وعلى هذا الوجه من التأويل منذهب المالكية فانهم يرون أن المتسعة مندوب اليها ولا يجبر المطلق عليها. (٢) وحجتهم في ذلك هي أن الآيات المتقدمة تأمر بالمتعة، إلا أن هذا الأمر اقترن بما يصرفه عن الوجوب إلى النذب، لأن الأمر هنا تخصص بالمحسنين والمتقين بقوله تعالى «حقا على المحسنين» و«حقا على المتقين»، ولا يعلم المحسنين من غير المحسنين سوى الله تعالى لأن الاحسان فيما بين العبد وخالقه، فلما علق تعالى المتعة بصفة لا يعلمها غيره دل أنه لم يوجب الحكم بها على الحكام اذ لم يجعل لهم طريقا لتمييز المأمور بها، ولو كانت واجبة وجوب الحقوق اللازمة للاموال بكل حال لم يخص المحسنين والمتقين بأنها حق عليهم دون غيرهم بل كان يكون ذلك معموما به كل أحد من الناس (٣).

وقال غيرهم ان المتعة المشار اليه في هذه الآيات على نوعين: متعة يقضى بها، ومتعة لا يقضى بها وإنما تلزم المطلق فيما بينه وبين الله (٤). وعن أخذ بهذا الرأي فقهاء الحنفية والحنابلة على القول المشهور عندهم (٥). فتجب المتعة للبطلة قبل الدخول إذا لم يكن قد سمى لها مهر لعموم قوله تعالى «ولا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضا لهن فريضة ومتعهن

(١) الطبرى ج ٢ ص ٣٠٧.

(٢) للدونة ج ٢ ص ٢٢٩؛ ومقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٥٠؛ والزرقاتى ج ٤ ص ١٤٩؛

والخرقى ج ٤ ص ١٠٢؛ والتاج والاكلیل ج ٤ ص ١٠٥.

(٣) يراجع في ذلك الطبرى ج ٢ ص ٣٠٨؛ ومقدمات ابن رشد والخرقى والرجبان

السابقان. ويراجع الرد على هذا التذليل في المحلى ج ١٠ ص ٢٤٥ و ٢٤٦.

(٤) الطبرى ج ٢ ص ٣٠٧.

(٥) وتوجد رواية أخرى عن الامام أحد بن حنبل بوجوب النصة لكل مطلقة —

الاختيارات العلمية ص ١٤٩.

على الموسع قدره وعلى المقتر قدره... والأمر هنا يقتضى الوجوب، ولا يعارضه قوله «حقاً على المحسنين» لأن القيام بالواجب من الاحسان فضلاً عن أن هذا القول يدل على التأكيد. وأما التى سعى لها مهر فلا تستحق إلا نصف المسمى لقوله تعالى «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم»، فليس لهذه المطلقة متعة لا واجبة ولا مستحبة. وأما المستحبة فلبطلقة المدخول بها سواء سعى لها مهر أو لم يسم لأنه إذا سعى لها المهر فقد وجب المسمى وإلا فمهر المثل<sup>(١)</sup>. وقد فسروا قوله تعالى «وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين» بأن المتاع هو كل ما ينتفع به فمضى أوجبنا للبطلقات شيئاً مما ينتفع به من مهر أو نفقة فقد قضينا عهدة الآية، وليس بواجب إذا أوجبنا للبطلقة ضرباً من المتعة أن نوجب لها سائر ضرورها لأن قوله تعالى «وللمطلقات متاع» إنما يقتضى أدنى ما يقع عليه الاسم<sup>(٢)</sup>.

ويقوم هذا رأى على اعتبار أن المتعة الواجبة تقوم مقام المهر. ويرى فريق ثالث أن المتعة واجبة لكل مطلقة إلا التى طلقت قبل الدخول وقد سعى لها مهر فإن الواجب لها في هذه الحالة هو نصف المسمى<sup>(٣)</sup>. ومن هذا رأى فقهاء الشافعية<sup>(٤)</sup> وهو ما اختاره شيخ الاسلام ابن تيمية<sup>(٥)</sup>، وحجتهم في ذلك أن قوله تعالى «وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين» يدل على أن كل مطلقة لها متعة، وقد استثنى من ذلك المطلقة قبل الدخول وقد

(١) راجع في جميع ما تقدم: الهداية ج ١ ص ١٦١ وفتح القدير ج ٢ ص ٤٤٨ و ٤٤٩؛ وأحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٢٨ وما بعدها؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ٩٣ و ٩٤.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٣٢.

(٣) الطبرى ج ٢ ص ٣٠٦.

(٤) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٤.

(٥) الاختيارات الطبية ص ١٤١.

سمى لها مهر لقوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » فلم يجعل لها غير نصف الصداق . ووجه الاستثناء هنا أنه جعل المتعة للبطلة قبل الدخول إذا لم يسم لها صداقاً بقوله « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ... » فقد خص المتعة بالمطلقة قبل الدخول بغير صداق مسمى وهذا دليل على أن حكم كل منهما يختلف عن الآخر .<sup>(١)</sup>

ويرى آخرون أن المتعة واجبة على المطلق سواء أكان طلاقه قبل الدخول أم بعده وسواء أكان قد فرض للبطلة صداقاً أم لم يفرض . وهو رأى أهل الظاهر<sup>(٢)</sup> وبه قال الإمام ابن جرير الطبري<sup>(٣)</sup> . ووجه هذا القول هو أن في قوله تعالى « وللطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين » دليلاً على وجوب المتعة لكل مطلقة ولم يخص منهن بعض دون بعض ولا يجوز التخصيص إلا بالدليل . وأما قوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » فهو وإن كان يدل على أن للبطلة قبل الدخول التي سمي لها صداق نصف هذا الصداق فإنه لا يدل على أنه ليس لها المتعة لأن المتعة واجبة بالآية المتقدمة والجمع بين حكم الآيتين ليس محالاً فلا يصح القول بأن هذه الآية الأخيرة خصت حكم الآية الأولى<sup>(٤)</sup> . وعلى هذا الرأي تكون المتعة حقاً واجباً للبرأة على مطلقها في جميع الحالات يستوفي منه كصداقها وسائر ديونها<sup>(٥)</sup> .

(١) الطبري المرجع السابق .

(٢) المحلى ج ١٠ مسألة رقم ١٩٨٤ ص ٢٤٥ وما بعدها .

(٣) الطبري ج ٢ ص ٣٠٨ و ٣٠٩ .

(٤) يراجع تفصيل ذلك في الطبري ج ٢ ص ٣٠٨ و ٣٠٩؛ والمحلى ج ١٠ مسألة رقم ١٩٨٤ .

ص ٢٤٥ وما بعدها حيث رد على الأقوال الأخرى الآف ذكرها .

(٥) الطبري والمحلى للرجان السابقان .

وقد كان اختلاف الرأى فى وجوب المتعة على ما تقدم نتيجة لاختلاف النظر فى الحكمة التى دعت لتشريعها . \*

فعند أصحاب الرأى الأخير الذى يوجبها لكل مطلقة هى شرع غير معلل فتأخذ المطلقة المتعة فى كل الأحوال حتى ولو كانت محتلة من زوجها فتأخذ متعتها وتعطيه بدل الخلع <sup>(١)</sup> .

وأما المالكية فيقولون ان المتعة إنما أمر المطلق بها تطليبا لنفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسليه لها عن الفراق <sup>(٢)</sup> . ومن أجل ذلك قرروا أن المتعة تكون للمطلقة بائنا بعد الطلاق لحصول الوحشة بألم الفراق ، ولا تكون للمطلقة رجعياً إلا بعد مضي العدة لأنها ما دامت فى العدة ترجو المراجعة فلا وحشة عندها ، وكذلك لا متعة إذا كان الطلاق من جهتها أو برضاها كما لو اختارت نفسها أو اختلعت منه بعوض منها أو من غيرها برضاها ، والسبب فى ذلك كله هو أنه لا إيحاش لأن الفرة جاءت من قبلها <sup>(٣)</sup> . ويتفق الشافعية مع المالكية فى حكمة المتعة فهم يوجبونها على الزوج لأنه أوحشها بالطلاق ، وعلى ذلك قالوا بأنها لا تجب كلما اتقى هذا المعنى كما لو كان سبب الفرة هوموت الزوج أو كان الطلاق بسبب الزوجة <sup>(٤)</sup> . وأما الحنفية فيقولون ان المتعة تجب بدلا عن مهر المثل ، فعلة الايحاش متفية لأن الطلاق حصل باذن الشرع ولا جناية فيه بل انه قد يكون مستحبا <sup>(٥)</sup> . والحنابلة

(١) المحلى للرجع السابق ٤ وبداية المجتهد ج ٢ ص ٨٥ .

(٢) مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٥٠ بنصه ٤ والحرقى ج ٤ ص ١٠٢ ٤ وحاشية المدوى بهامشه ٤ والتاج والاكمل ج ٤ ص ١٠٥ ٤ والزرقانى ج ٤ ص ١٤٩

(٣) تراجع للدونة ج ٢ ص ٢٢٩ و ٢٣٠ ومقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٥٢ ٤ والحرقى ج ٤ ص ١٠٢ و ١٠٣ ٤ والمدوى بهامشه ٤ والزرقانى ج ٤ ص ١٤٩ و ١٥٠ . وكذلك لامتعة . لمن تطلق قبل السخول وقد سمى لها صداق وذلك لأنها تأخذ نصف الصداق وهى لم تمس — المرجع السابقة . فكأنهم اعتبروا نصف الصداق هنا قائم مقام المتعة فى جبر الايحاش .

(٤) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٤ و ٢٥ .

(٥) فتح القدير ج ٣ ص ٤٤٩ .

كالخفية في ذلك <sup>(١)</sup>.

والذى ينبغى القول به — على ما زرى — هو أن يؤخذ بقول من قال ان الآيات الكريمة الخاصة بالمتعة جاءت على وجه الإيجاب فهى توجب المتعة لكل مطلقة وذلك لعموم نص هذه الآيات ، مع تقييد هذا الإطلاق بالحكمة التى من أجلها شرعت المتعة على حسب قول المالكية والشافعية وهى جبر الإيحاش الذى يصيب المطلقة بسبب الطلاق . وعلى ذلك تكون المتعة واجبة لكل مطلقة ( سواء أكان طلاقها قبل الدخول أم كان بعده وسواء سمي لها مهر أو لم يسم ) يتحقق فى طلاقها معنى الإيحاش . وبذلك لا تجب المتعة لمن يكون سبب الطلاق من جهتها لأنه لا إيحاش فى هذا الطلاق إذا كانت المطلقة هى التى باشرته كالخفية والمختلعة لرضاها به . وينبغى أن لا تفسر هذه الحالة على صورة مباشرة المطلقة للطلاق بل يجب أن تشمل الحالات التى تكون هى المتسببة فيها فى الطلاق ولو أوقعه الزوج ، كما لو أعوج سيرها أو ساء خلقها حتى ألجأت الزوج إلى طلاقها فانها هى التى تسببت فيما يلحقها من الإيحاش ولا يتسنى لنا أن نجبر الزوج على جبر ما لم يتسبب هو فيه . وإذا أخرجنا هذه الصور من الفروض المحتملة للطلاق تبقى حالة ما لو طلق الزوج زوجته من غير داع مشروع للطلاق فى هذه الحالة فقط تكون المتعة واجبة على الرجل لمطلقته . ووجوب المتعة بهذه الكيفية يجعلها تعويضاً للمطلقة عما يلحقها من ضرر بسبب الطلاق . وذلك يتفق مع مقاله المالكية والشافعية من أن الغرض منها جبر إيحاش المطلقة . ويؤيد ذلك ما ذكره فقهاء المالكية من أن المتعة مندوب إليها ولو كان الزوج مريضاً مرضاً مخوفاً لأنه أمر بها فى مقابلة كسر ( خاطر ) المطلقة فلم تكن تبرعاً <sup>(٢)</sup>.

(١) كتاب الفتن ج ٣ ص ٩٤ .

(٢) الزرقانى ج ٤ ص ١٤٩ ؛ وحاشية العدوى على الحرشى ج ٤ ص ١٠٢ .

وقد قضت محكمة استئناف الجزائر فى ١٠ و ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ بما يفتق وهذا رأى

وبلاحظ أن الضرر الذي اقترض الفقهاء جبره بالمتعة أدبي محض، وهذا ظاهر من قولهم أن المقصود بها تطيب نفس المرأة عما يرد عليها من ألم الطلاق وتسليتها عن الفراق. ويزيد هذا المعنى وضوحاً ما قاله بعض فقهاء الشافعية من أن المتعة تجب في الطلاق الرجعي وإن راجعها قبل انقضاء عدتها، وتكرر بتكرره (١). فإن ذلك يدل على أن المقصود تعويض الضرر الأدبي لأن المطلقة رجعيّاً في أثناء العدة نفقتها على زوجها بل إن الزوجية باقية حكماً فاستحقاق المطلقة للمتعة ولو راجعها الزوج يدل على أن المقصود تعويض الضرر الأدبي لأنه هو فقط الذي يصيبها في هذه الحالة، وكذلك القول بتكرر المتعة مع تكرار الطلاق يدل على ذلك لأن الضرر الأدبي هو الذي يتكرر بتكرر الطلاق أما الضرر المادي فلا يتكرر في هذه الحالة لأنه هو الذي يلحقها سواء طلقت مرة أو مرتين أو ثلاثاً.

على أن هذا النظر لا يدل على امتناع تعويض الضرر المادي عند النظر في تقدير المتعة فمراعاته أولى إن وجد. ولعل السبب في اغفال علماء الشريعة الإسلامية الإشارة إليه راجع إلى أن الضرر الأدبي هو الذي يتوافر في كل حالة من حالات الطلاق الذي يوجب المتعة على ما تقدم، وأما الضرر المادي فقد يوجد وقد لا يوجد وهو مع وجود النفقة الواجبة في العدة أقل ظهوراً. أما تقدير المتعة فقد اختلفوا فيه والاصح هو أنه لا حد للمتعة وإنما هي على قدر حال الزوجين فيقدرها القاضي بما يراه معتبراً حالهما. (٢)

---

فقررت ما ملخصه أن الطلاق بغير سبب مفروض يدعو إليه يوجب على المطلق تعويض من طلقها عما لحقها بسبب هذا الطلاق واستعرضت في أسباب هذين الحكمين أحكام المتعة وقررت أنها مفروضة لتعويض ما ينتج عن الطلاق الذي يكون من هذا القبيل - يراجع المكان في المجلة الجزائرية « Revue Algerienne » سنة ١٩٢٥ القسم الثاني ص ١١٧ وما بعدها و١٢٨ وما بعدها وتطبيق الأستاذ موران « M. Morand » عليها ص ٢١٨ و١١٩ بالهامش.

(١) نهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٤.

(٢) مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٥٢؛ ونهاية المحتاج ج ٦ ص ٢٥؛ وأحكام القرآن

### الفرع الثالث — الطلاق والقضاء المصرى الحديث

رأينا كيف أن الشريعة الإسلامية قيدت حق الزوج في إيقاع الطلاق كغيره من الحقوق . وفضلا عن ذلك فقد فرضت على المطلق لطلقته ما فيه جبر لما يصيبها من الطلاق . ولننظر الآن فيما رآه القضاء المصرى في هذا الموضوع . ونقصد بالقضاء المصرى هنا قضاء المحاكم المختلطة وقضاء المحاكم الأهلية .

وقد كان عرض هذا الموضوع على القضاة المختلطين والأهلى لمناسبة المطالبة بتعويض عن إيقاع الطلاق .<sup>(١)</sup> وأما المنازعات الأخرى الخاصة بالطلاق في ذاته من حيث وجوه الفرقة وما يقع به الطلاق وما لا يقع به فهي من اختصاص المحاكم الشرعية ، وتخرج عن عمل المحاكم المختلطة بالمادة ٤ من القانون المدنى المختلط ، والمحاكم الأهلية بالمادة ١٦ من لائحة ترتيبها . ولم ينازع أحد في اختصاص المحاكم الشرعية بذلك . وفضلا عن ذلك فلا يملك المحاكم الأخرى المساس بأحكامها فيه .<sup>(٢)</sup>

---

لجصاص ج ١ ص ٤٣٣ و ٤٣٤ . وهناك آراء أخرى في تقدير النصة تنفق مع ما يراه أصحابها في وجوبها والقصود منها . ومن ذلك أن الحنفية والحنابلة يرون أن النصة لا تصدى في أقصاها نصف مهر المثل لأنها عندئذ بدل عنه كما تقدم — راجع البحر ج ٣ ص ١٠٨ ؛ وكشاف القناع ج ٣ ص ٩٤ .

(١) ومثل هذا النزاع يخرج عن اختصاص المحاكم الشرعية — قواعد المرافعات للأستاذ محمد الصمواوى بك ج ١ ص ١٢٥ . ويرى البعض أن المحاكم الشرعية هي الأولى بالاختصاص في المنازعات التي من هذا القبيل ، ولكن صاحب هذا الرأي يرى بأن الأمر يحتاج إلى تفريع جديد قوله لا يمدى الاقتراح — راجع مقال « مبدأ تمويض المرأة بسبب الطلاق » بقلم « عبد الله صيام » بمجلة المحاماة الشرعية ص ٢ ص ٦٠١ وما بعدها .

(٢) راجع حكم استئناف مصر الأهلية في ٢٢ يونيه سنة ١٩٣١ المحاماة ص ١٢ ص ٤٤٣ رقم ٢٢٢ .

### اور — في القضا المختلط

لم نعتز إلا على حكم واحد في هذا الموضوع. وتتلخص وقائع القضية التي صدر فيها في أن مصريا مسلما تزوج بأجنبية غير مسلمة ثم طلقها، فاستردت جنسيتها الأولى التي كانت لها قبل الزواج، وقاضت مطلقها أمام القضاء المختلط مطالبة إياه بتعويض مالي عن طلاقه لإيأها واستندت في ذلك على أنه أساء في استعماله لحقه في إيقاع الطلاق مما يجعله مسئولاً عن تعويض الضرر الذي أصابها من جراء ذلك. فقضت محكمة الاستئناف المختلطة في ٢٠ يونيو سنة ١٩٢٢ برفض دعواها هذه استنادا على أن إيقاع الطلاق حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كيف شاء، فليس لمن تزوج به وهي عاتمة بذلك أن تطلب تعويضا عنه بعد وقوعه، وإن التعويض الوحيد الذي لها هو مؤخر الصداق. (١)

وهذا الحكم وإن كان بعيدا عن أن يعتبر قضاء مستقرا في الموضوع فإنه قرر قاعدتين على جانب كبير من الخطورة ذكرهما على أنهما حكم الشريعة الإسلامية فيما فصل فيه وهما: ١ — أن إيقاع الطلاق حق مطلق للزوج يستعمله كيف شاء، ٢ — أن مؤخر الصداق هو التعويض الوحيد الذي يكون للمطلقة قبل مطلقها. وسنرى قيمة هذا القول طبقا للشريعة الإسلامية بعد أن نبين ما رآه القضاء الأهلي.

### ثانيا — في القضاء الأهلي

لم يستقر القضاء الأهلي على رأي في هذا الشأن، ولم تكن الأحكام التي أصدرها في موضوعنا هذا من التعدد والتوافق بحيث يستبين منها اتجاه مخصوص

(١) جازت س ١٤ ص ٥٥ رقم ٩٩ وتطبيق المجلة على ملخص الحكم؛ بلتان س ٣٤



نحو تقرير مبدأ معين . فلم نعثر الا على بضعة أحكام ان تبين منها شيء فهو أن قضاء المحاكم الابتدائية اتجه في الاحكام القليلة التي أصدرها اتجاهها معيناً أنكرته محكمة استئناف مصر في حكمها الوحيد الذي عثرنا عليه <sup>(١)</sup> . ولم يعرض الأمر على محكمة النقض حتى كانت تقرر مبدأ تتبعه المحاكم الأخرى في قضائها .

والمحاكم الابتدائية — فيما أصدرته من الاحكام — ترى أن الطلاق في الأصل ممنوع ، وهو لا يباح الا للحاجة ، فهو ليس مباحاً للزوج اباحة مطلقة وإنما هو حق مقيد ليس له أن يستعمله إلا إذا تحققت الحاجة اليه <sup>(٢)</sup> . فإذا أوقع الزوج الطلاق بغير سبب يكون قد أساء في استعمال حقه ويلزم بتعويض الضرر الناتج عنه <sup>(٣)</sup> سواء كان هذا الضرر مادياً <sup>(٤)</sup> أو أدبياً <sup>(٥)</sup> .

(١) ومع ذلك قضت محكمة مصر الابتدائية الأهلية بحكمها الصادر في ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ (هـ الحامدة س ١٥ القسم الثاني رقم ١٢٧ س ٢٥٦) بما يظن ورأى محكمة الاستئناف في حكمها هذا كما سيبيح .

(٢) شنين الكوم الكلية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ ، الحامدة س ١١ ص ٤٠ رقم ٢٧٧ . ويلاحظ أن المحكمة في هذا الحكم وصفت الطلاق بأنه « حق محظور » وهو تعبير غير سليم إذ أن شقبة متعارضتان فالحق والمحظور لا يجتمعان ولعل الأصح هنا أن يقال أنه حق مقيد — كما قلنا بالمثل — وبذلك يستقيم المعنى .

(٣) شنين الكوم الحكم السابق ؛ ومصر الأهلية في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية س ٢٨ رقم ٦٥٠ س ١٠٧ ، الحامدة س ٦ رقم ٢٥٥ س ٣٣٣ ؛ ومصر الأهلية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الحامدة س ١٣ رقم ٥٦٤ س ١١٣٣ .

(٤) كما لو كانت المطلقة تعارس مملكتك من قبل زوجها وتركته بسبب الزواج — تراجع حكم مصر الكلية الأهلية في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ ، وشنين الكوم الكلية في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ السابق الاشارة اليهما .

(٥) كما لو كانت ملايات الطلاق مما يثير الفتون حول صمة للمطلقة — حكما مصر الأهلية في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ و ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ السابق الاشارة اليهما .

وقد قضت محكمة شنين الكوم بحكمها الآف الذكر أنه إذا تعهد الزوج لزوجته بأنه لا يتزوج عليها والا طلقت منه طلقة بائنة ويدفع لها فوق ذلك مبلغاً معيناً على سبيل التعويض فهذا التعهد صحيح وليس فيه ما يخالف النظام العام — تراجع أسباب الحكم .

أما محكمة استئناف مصر فلم تأخذ بهذا الرأي<sup>(١)</sup>، وقضت بحكمها الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٨<sup>(٢)</sup> بأن «حق الطلاق مخول في الشريعة للزوج ولا يترتب على استعماله من الأحكام سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي يراعى في تقديرها حالة المطلق المالية وهذا أمر يجمع عليه في كتب أئمة المسلمين ولا خلاف فيه عند فقهاءهم»، وإن المادة ١٥١ من القانون المدني وهي المقررة لتعويض الضرر الذي ينشأ عن الأفعال لا محل لتطبيقها في هذه القضية مادام أن القانون الخاص الذي يخضع له طرفا الخصومة وهو القانون الشرعي قد نص على التعويض الذي تستحقه الزوجة في حالة الطلاق ولا سيما أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية قد صرحت بمنعها من النظر في مسائل النكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها وحسنا فعل واضع القانون بحجر ذلك عليها لأن السماح به يفتح بابا واسعا في الخوض في أسرار البيوت وفي أخفى العلاقات وأجند أسباب الطلاق بالستر وهذه هي حكمة تحديد القوانين الفقهية لتعويض بنفقة العدة، وأن «الجرى على خلاف ذلك قد يكون فيه إخراج للأزواج والزمامم معاشرة من لا يطبقون معاشرتهم من النساء لعيوب نفسية أو خلقية وفي ذلك من تكدر العيش على الزوجين ما لا يخفى وفيه أيضا مخالفة لمقتضى الفطرة ولما من الله به على عباده في الآية الكريمة وهي قوله (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون) فإن الزوجة إذا كانت معيبة في خلقها أو في خلقها لا تسكن إليها النفس

---

(١) وجارتها في ذلك محكمة مصر في حكمها الصادر في ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ والسابق الإشارة إليه .

(٢) المجلد ٨ ص ٤٩٧ رقم ٣٢٥ في الاستئناف المرفوع عن الحكم الصادر من محكمة مصر الأهلية في ٢٠ يناير سنة ١٩٢٦ والآف ذكره . وقد رأينا أن ثبت في المتن حثارة الحكم بنصها فيما عدا الوقائع .

ولا تكون مصدرا للوادة والرحمة فاستمرار المعيشة معها يجعل العيش كريهاً.  
والقواعد التي تستتج من هذا الحكم هي: ١— أن الطلاق حق مطلق للزوج ولا يترتب عليه للطلقة سوى استحقاقها لمؤخر صداقها ونفقة عدتها ، ٢ —  
ان مؤخر الصداق ونفقة العدة مقررّة كتعويض للزوجة عن الطلاق وليس  
للطلقة غير هذا التعويض ، ٣ — ان المشرع أخرج مسائل الانكحة وما  
يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها من اختصاص المحاكم الأهلية بالمادة  
١٦ من لائحة ترتيبها حتى لا يكون ذلك مدعاة للبحث في أسرار البيوت .  
وظاهر من ذلك أن النتيجة التي وصلت اليها محكمة استئناف مصر الأهلية  
توافق ما قضت به محكمة الاستئناف المختلطة على ما مرّ بنا .



هذا هو قول القضاء المصري في الموضوع . ويتبين منه أن محكمة  
الاستئناف المختلطة والأهلية على رأى ، وقضاء المحاكم الابتدائية الأهلية على  
النقيض منه . فأى الرأين أقوم سيلاً ؟

إذا طبقنا المبادئ التي أقرها فقهاء الشريعة الإسلامية في الطلاق — وهي  
المبادئ التي سلبت جميع المحاكم المصرية بوجوب تطبيقها فيما نحن فيه — إذا  
طبقنا هذه المبادئ ، بحسب ما ذكرناها في موضعها ، نجد أن محكمة الاستئناف  
المختلطة والأهلية لم توفقاً فيما ذهبنا إليه . فليس صحيحاً ما قرره المحكمتان من  
أن الشريعة الإسلامية جعلت الطلاق حقاً مطلقاً للزوج ، فقد رأينا فيما تقدم  
أن حق إيقاع الطلاق وان كان مفوضاً للزوج بحسب أحكام الشريعة  
الإسلامية فهو مقيد — عند الفقهاء — بوجوب أن يكون لحاجة تدعو إليه ،  
و ألا يكون بحيث ينشأ عنه ضرر زائد عن مجرد حل رابطة الزوجية . وأما  
قول المحكمتين بأن مؤخر الصداق هو التعويض الذي تستحقه الزوجة في حالة  
الطلاق فقول غير صحيح إطلاقاً ، لأن الصداق من أحكام عقد الزواج

وتستحق الزوجة بالعقد ويتأكد حقها فيه كله بالدخول ، ولا يؤثر في ذلك تعجيله أو تأجيله أو تعجيل بعضه وتأجيل البعض الآخر ، فالتمسجل منه دين للزوجة تأخذه في جميع الحالات وإذا مات الزوج تأخذه من تركته ، وتستحق الزوجة المدخول بها كل مهرها ولو حصلت الفرقة بأي سبب كان من جهة الزوج أو من جهة الزوجة<sup>(١)</sup> ، ولو كان تعويضا عن الطلاق لما كان حكمه كذلك . فضلا عن ذلك لم يقل أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية أن مؤخر الصداق تعويض للمرأة عن الطلاق ، أو ما في معناه :<sup>(٢)</sup> وما قالته محكمة استئناف مصر الأهلية في حكمها الذي نحن بصدده من أن القوانين الفقهية حددت التعويض بنفقة العدة فهو خطأ أيضا<sup>(٣)</sup> لأن النفقة لم تفرض على الزوج باعتبارها تعويضا عن الطلاق وإنما ألزم الزوج بها نظير احتباس الزوجة لحقه في أثناء الزوجية وبعد الطلاق حتى تنتهي العدة . وقول هذه المحكمة انه لا يترتب على استعمال حق الطلاق سوى استحقاق الزوجة المطلقة لمؤخر صداقها ونفقة عدتها التي يراعى في تقديرها حالة المطلق الماليه وهذا أمر مجمع عليه في كتب أئمة المسلمين ولا خلاف فيه عند فقهاءهم ، — هذا القول غير صحيح أيضا لأنه يترتب على الطلاق أحكام أخرى باجماع أئمة المسلمين وهي وجوب المتعة أو استحبابها على ما تقدم في موضعه .<sup>(٤)</sup>

(١) أحمد ابراهيم بك بند ١٨٤ .

(٢) تراجع أسباب حكم محكمة شين الكوم الأهلية الصادر في ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ والسابق الاشارة اليه .

(٣) وقد وقت محكمة مصر الابتدائية الأهلية في هذا الخطأ أيضا في حكمها الصادر في ٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ والسابق الاشارة اليه .

(٤) ولا يرد على القول بالايجاع هنا بأن من فقهاء المبرية من يقول بأن المتعة قبل الدخول وقد هي لها مهر ليس لها متعة لا واجبة ولا مستحبة وذلك لأن نصف الصداق الذي تأخذه في هذه الحالة قائم مقام المتعة على رأيهم .

هذا ولم يفتى علماء المسلمين على أن تقدير النفقة يراعى فيه حالة المطلق المالية بلا خلاف كما قالت المحكمة . ويكفي لبيان فساد هذا القول أن نقول ان المذهب الذي كانت تطبقه المحاكم

وأما الاحتجاج بأن البحث في أسباب الطلاق يفتح باباً للنحوض في أسرار البيوت إلى آخر ما قالته المحكمة فلا ينهض سبباً لمنع المحاكم من النظر في هذه المسائل لأن هذا السبب - كما قالت بحق محكمة شين الكوم في حكمها الذي سبقت الإشارة إليه - لم يمنع ولا يمكن أن يمنع من الفصل في كثير من قضايا النفقة والفرقة وبعض القضايا الجنائية ، فضلاً عن أنه لا جناح على المحكمة توصلاً للحقيقة من أن تحوض في أسرار لم يتحرز صاحبها من العمل على هتكها .<sup>(١)</sup> ولا يؤيد المحكمة فيما ذهبت إليه كون المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية منعت هذه المحاكم من النظر في مسائل الانكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها ، لأن هذه المادة أخرجت تلك المسائل من اختصاص المحاكم الأهلية لأنها تدخل في اختصاص المحاكم الشرعية أو محاكم الأحوال الشخصية الأخرى ، وليس في منع المحاكم الأهلية من النظر فيها إخراج لها عن سلطان القضاء لحجة المحكمة في ذلك ساقطة . هذا فضلاً عن أن المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية والمادة الرابعة من القانون المدني المختلط . المقابلة لها لا تسرى على قضايا المطالبة بتعويض عن فسخ خطبة أو عن طلاق كما ذكر في موضعه .

والرأى الصحيح في موضوعنا هذا هو ما ذهب إليه قضاء المحاكم الابتدائية الأهلية ولو أن هذه الأحكام لم تذكر شيئاً عن حكم المتعة في الشريعة الإسلامية أنها أساس تشريعي قويم للحكم بالتعويض عند الاساءة في استعمال حق إيقاع الطلاق كما تقدم .<sup>(٢)</sup>

---

الفرعية في وقت صدور هذا الحكم هو تقدير النفقة طبقاً لحال الزوجين - راجع ما تقدم في النفقة .

(١) راجع حكم محكمة شين الكوم الآف الذكر - وراجع أيضاً ما تقدم نظير ذلك عند الكلام في الخطبة .

(٢) وهذا هو ما ذهبت إليه بحق محكمة استئناف الجزائر في حكمها الصادرين في ١٠ و ١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ وقد سبقت الإشارة إليهما .

# البابُ الخَامِسُ

## في جزاء الاساءة في استعمال الحق

### ١ - في القانونه الحديث

للاساءة في استعمال الحقوق جزاء وهو على نوعين جزاء مالى وجزاء عيى .

#### ١ - الجزاء المالى :

يكون بالزام من اساء في استعمال حق من حقوقه بتعويض الغير عما تسبب له هذه الاساءة من الاضرار مادية أم أدية . ويكون ذلك بدفع مبلغ من المال له على سبيل التعويض .<sup>(١)</sup> وقد قصر بعض المؤلفين جزاء الاساءة في استعمال حق من الحقوق على الحكم بالتعويض المالى على المسئء لمن لحقه ضرر من الاساءة، وجارتهم في ذلك بعض المحاكم الفرنسية في قضائها .<sup>(٢)</sup> الا أن هذا الرأى غير قويم، فقد لا يكون التعويض المالى في حالة من الحالات

---

(١) قضت محكمة الدنيا الكلية الأهلية في ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣١ بأن الأضرار الأدية المبردة عن أى أثر مادى هي أمور اعتبارية محضة يستحيل على الحاكم تقويمها وليس هناك أساس لزيئها بل على القضاء أن يبالغ كل حالة على حدة وعلى أساس أنه ما دام الضرر أدياً وجب أن يكون التعويض كذلك ويكنى فيه انفراد (يريدقرر) القضاء بخطأ الخصم لأن الصرف لا يقوم بحال — المحاماة س ١٢ رقم ٥٠٨ ص ١٠١٤ وهو رأى إلا أن المطلق عليه الآن هو أن تعويض الضرر الأدى كتعويض الضرر المادى وتقدره المحكمة بحسب اجتهداها طبقاً لما تراه من ظروف الحال — راجع كولان وكايتسان ج ٢ ص ٣٧٣ ؟ والتون ج ٢ ص ٢٦٠ وما بعدها .

(٢) جوسران « روح الحقوق » بند ٣٢٦ .

كافيا، فضلا عن أن الخروج بالحق عما شرع له يعطى الطرف الذى حصل  
الاخلال فى مواجهته حقا فى الزام خصمه اتباع الطريق المشروع لاستعمال حقه..  
ومن أجل ذلك، ولأن تلافى الضرر قبل وقوعه أولى من العمل على تعويضه  
إذا وقع، انعقد اجماع فقهاء القانون فى الوقت الحاضر على أن جزاء الاساءة  
ليس مقصوراً على الحكم بالتعويض المالى، بل انه قد يكون من هذا القبيل، وقد  
يكون تعويضا عينيا يرمى الى رفع الضرر أو منع وقوعه، وقد يكون من  
النوعين معا. (١)

على أنه توجد حالات يكون التعويض المالى متعينا فيها لأسباب مختلفة  
منها ما يرجع الى طبيعة الحق الذى أسيء فى استعماله كحق التقاضى (٢). ومنها  
ما يرجع الى ضرورة المحافظة على حق الغير كما لو كانت الاساءة فى ابرام عقد  
من العقود. (٣) ومن ذلك أيضا ما لو كان الجزاء العيني مما لا يستسيغه الشعور  
الانسانى كما لو أساء رب العمل فى استعماله لحقه فى تسريح عماله، فإن جزاء  
هذه الاساءة لا يكون الا بتعويض العامل عما يلحقه من الضرر ولا يكون.  
بإعادته الى عمله رغم ارادة صاحب العمل. (٤)

## ٢ — الجزاء العيني :

هذا الجزاء لا يكون بصورة واحدة فى جميع الحالات بل هو على  
اشكال مختلفة، فنه ما يرمى الى ازالة وجه الاساءة بحيث لا تعود، ومنه ما يرمى  
الى منع وقوع الضرر الذى يترتب عليها بمنع الفعل الذى يعد اساءة. وفى  
الصورة الاولى يقترن الجزاء العيني غالبا بتعويض مالى. فأما التعويض فهاذا :

(١) جوسران المرجع السابق بند ٣٢٢ .

(٢) " " " " " ٣٢٩ .

(٣) " " " " " ٣٣٠ .

(٤) " " " " " ٢٦١ ص ٣٢٣ هامش رقم ١ .

وقوع من الضرر فعلا، وأما الجزاء العيني فلينع تجده في المستقبل. (١) ومن أمثلة هذا الجزاء الحكم بإزالة حائط بناه شخص على حدود ملكه بغير مصلحة جديدة له وترتب على ذلك ضرر بالجار. (٢)

وأما في الصورة الثانية فيكون الجزاء مانعاً من وقوع الضرر الذي يترتب على الاساءة في استعمال حق من الحقوق. (٣) ومن الأمثلة العملية لذلك ما قضت به محكمة الزقازيق الكلية الأهلية (٤) في دعوى خوصم فيها شخص بصفته وكيلًا عن آخرين مقيمين في خارج القطر فتنازل هذا الوكيل عن حصة الوكالة في الدعوى بقصد عرقلتها وتحميل المدعى متاعب جمة في اعلان خصومه في محل وجودهم بالخارج، فاعتبرت المحكمة ذلك اساءة منه في استعمال حقه في التنحي عن الوكالة، وردت عليه قصده بأن اعتبرته بمثلاً لموكليه في الدعوى تمثيلاً قانونياً صحيحاً وأن اجراءاتها على هذا الاعتبار صحيحة قانوناً وماخوذ بها. ومن قبيل ذلك أيضاً ما قضت به محكمة بنى سويف الجزئية الأهلية (٥) من أن اشتراط الدائن على مدينه أن له رفع دعواه أمام أى محكمة أمر يراعى به مصلحته، فاذا أساء الدائن استعمال هذا الحق بأن رفع الدعوى أمام محكمة لا مصلحة له مطلقاً في رفعها أمامها لمجرد النكاية بالمدين فللمدعى عليه أن يدفع بعدم الاختصاص.

## ٢ — في الشريعة الإسلامية

للاساءة في استعمال الحقوق طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الجزاء الذي

(١) جوسران المرجع السابق بند ٣٣١ حيث أشار إلى تطبيقات للقضاء الفرنسى .

(٢) استئناف مخطط في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ جازت س ١٥ رقم ١٢٦ ص ٨٦ ؛

١٢ نوفمبر سنة ١٩٢٩ بستان س ٢٢ ص ٢٧ .

(٣) جوسران المرجع السابق وقد أشار إلى تطبيقات من القضاء الفرنسى .

(٤) حكم تاريخه ١٩ مايو سنة ١٩٢٩ الحمادة س ١٠ رقم ٩٢ ص ١٨٠ .

(٥) حكم تاريخه ٣ مايو سنة ١٩٢١ الحمادة س ٢ رقم ١٢٩ ص ٤٠٣ .



يقره القانون لها وذلك بنوعيه المالى والعينى . وتمتاز أحكام الشريعة فوق ذلك بنوعين من الجزاء وهما الجزاء الدينى والتعزير .

#### ١ — الجزاء المالى :

وهذا الجزاء كنظيره فى القانون يكون بالزام المسمى بتعويض الغير عما تسبب له الاساءة فى استعمال حق من الحقوق من الضرر .<sup>(١)</sup> وهذا الضرر قد يكون ماديا ، وقد يكون أدبيا أو معنويا . .

فأما عن الضرر المادى فلا شبهة فى تعويضه فان من يحدث لغيره تلفا فى ماله يضمن هذا التلف ، ومثال ذلك ما ذكرناه فى المقدمة نقلا عن فقهاء الشريعة من أن من يؤجج فى أرضه نارا فى يوم عاصف فيحرق مايليه فانه يعتبر متعديا وعليه الضمان .

وأما عن الضرر الأدبى أو المعنوى فانه وإن كانت كتب الفقه الإسلامى لم تبحث فيه صراحة فان قواعد الشريعة لا تمنع من ضمانه . ولعل السبب فى اغفال فقهاء الشريعة الإسلامية البحث فيه بالذات يرجع الى أن الشعور السائد فى زمنهم كان لا يستسيغ أن تكون الأمور الادبية المحضة مضمونة بمال مع تعذر وزن قيمتها . ويلاحظ أن هذا السبب بالذات هو ما يعتمد عليه من يقول من فقهاء القانون الحديث بامتناع تعويض الاضرار الادبية المحضة .<sup>(٢)</sup> ومع ذلك فان فى الشريعة أحكاما تقضى بتعويض الضرر الأدبى فى حالات مخصوصة ، منها الدية ، فهى كما جاءت بها الشريعة لا تعوض الا الضرر المعنوى ، ويظهر ذلك تماما من كيفية تحديد الشريعة لمقاديرها ومن تساوى جميع الافراد فيها دون تفرق بينهم تبعاً لحالة كل شخص ، فقد نظر الشارع الإسلامى

(١) رسالة قضى ص ٢٥٤ .

(٢) راجع كولان وكايتان ج ٢ ص ٣٧٣ ؛ ووالتون ج ٢ ص ٢٦٠ ومابعدها . وراجع حكم محكمة النيا الكلية الأهلية الصادر فى ١٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣١ واتى سبقت الاشارة اليه .

في ذلك من الوجهة المعنوية فقط ، معتبرا أن جميع الناس متساوون في حقهم في الحياة فوجب أن يكون كذلك فيما ينال مقابل اتلاف حياتهم أو أى عضو من أعضائهم دون أن يلتفت إلى ما قد يؤدي إليه هذا التلف من الاضرار الاخرى والتي تختلف جسامتها تبعا لظروف كل فرد وحالته الشخصية . (١) ويؤيد ذلك ما روى عن أمير المؤمنين على بن أبى طالب رضى الله عنه من أنه قضى في رجل قطع فرج امرأته أن تؤخذ منه دية الفرج ويجبر على امساكها حتى يموت وان طلقها أنفق عليها (٢) . فان تعويض الضرر المادى الذى نتج عن هذا الفعل في هذه القضية كان بالزام الرجل امساك المرأة والانفاق عليها إن طلقها ، وأما دية الفرج فتقابل الضرر الأدبى ، والا كان الضمانان في مقابلة مضمون واحد وهو ما لا يجوز . ومن ذلك أيضا المتعة ، فقد رأينا أن الضرر الذى اقترض فقهاء الشريعة جبره بالمتعة أدبى محض . ولا يرى ما يوجب تخصيص ضمان الضرر الأدبى بهذه الحالات الفردية فقط بل ان تعميمه أولى خصوصا وأن قواعد الشريعة لا تتعارض معه .

#### ٢ — الجزاء العينى :

وهذا الجزاء — كنظيره في القانون أيضا — على أنواع مختلفة : فمنه ما يكون بازالة وجه الاسامة بحيث يوقف الضرر الناتج عنها . ومن ذلك ما ذكرناه في المقدمة من أنه اذا فتح شخص كوة في بناءه العالى مشرقة على جاره أو بنى بناء عاليا يشرف على جاره ولا يستره فانه يلزم بستره . وكذلك اذا حفر بئرا بالقرب من بئر جاره فيذهب ملؤها فانها تطعم في ظاهرها مذهب الامامين مالك وأحمد .

(١) رسالة الدية للدكتور أبى هيف ص ٢٤١ .

(٢) الطرق الحكيمة ص ٥١ و ٥٢ .

ومنه ما يكون بتقييد استعمال الحق بقيود مخصوصة يقصد بها منع الضرر .  
ومن ذلك ما قرره الفقهاء من أن للحاكم أن يحدد سعر الحاجيات بمشورة  
أهل الرأي عندما يغالى التجار فى أثمانها ويتعدون القيمة تعديا فاحشا .

ومنه ما يكون باكره صاحب الحق على استعماله حتى يتمتع الضرر الذى  
يحدث اذا أحجم صاحبه عن استعماله . كما يحدث فى احتكار الأقوات ، فان  
لولى الأمر أن يكره المخترين على بيع ما عندهم بقيمة المثل عند ضرورة الناس  
اليه . وقد يقوم القاضى مقام صاحب الحق فى القيام بالعمل الذى يتمتع عنه  
اساءة منه . ومن ذلك تزويج القاضى المولى عليها اذا عضلها ولها (١) .

ومنه ما يكون بمنع صاحب الحق من استعمال حقه منعا للضرر الذى  
يترتب عليه . ومثال ذلك ما قرره فقهاء الشريعة من أن كل ما لا يتنفع  
الغاصب به إذا قلعه أو أزاله بما يكون قد أضافه للعين المنصوبة فهو للمنصوب .  
وكذلك منع أحد الشريكين من قسمة المال المشترك إذا كان الآخر  
يستضر بها . ومن هذا القليل أيضا منع أفراد كل طائفة يحتاج الناس إلى منافعهم  
من الاشتراك والتواطؤ على غلاء الأجور أو الأثمان . ففى كل هذه الصور  
ونظائرها يمنع صاحب الحق من استعماله تلافيا لما يحدث عنه من ضرر .

وقد يكون الجزاء العينى للاساءة فى استعمال الحق بإبطال العمل الذى  
حصل إذا كان هيئة شريعة ( أى عملا قانونيا ) . ومن ذلك ابطال نكاح  
التحليل ، والتفريق بين الزوجين لعدم كفاية الزوج كما تقدم فى موضعه .

---

(١) ويلاحظ هنا أن اكراه صاحب الحق على استعماله لا يتصور إلا إذا كان العمل الذى  
يكره عليه صاحب الحق مما يخضع لرقابة القضاء بحيث تستطيع المحكمة أن تقدر ما اذا كان  
الشخص قد قام بما أمر به كما يجب أو أنه قصر فى ذلك .

وعلى ذلك يكون هذا الجزاء غير مقبول وغير ميسور فى بعض حقوق الزوجة كما لو امتنع  
الزوج عن مباشرة زوجته فلا يكون للقاضى أن يكرهه على ذلك . ولعل هذا هو السبب فى أن  
حكم هذا الامتناع هو الفرقة بين الزوجين إذا توافرت شروط الايلاء شرعا كما بيناها .

### ٣ — الجزاء الدينى :

الشريعة الاسلامية تشريع دينى، فهى تنظر إلى أعمال المكلف نظرة دينية أساسها أن كل عمل من أعمال الانسان حتى ما يقوم به باعتباره حقاً خالصاً له يؤدى عنه حسابه من الناحية الدينية بحيث يكون له أجره أو عليه وزره. (١)  
فبحسب العقيدة الاسلامية تستوجب الاساءة فى استعمال الحق عقاباً دينياً. وقد يكون الجزاء الدينى هو الجزاء الوحيد فى أحوال مخصوصة؛ وهو يكون كذلك فى الأحوال التى ينص فيها الفقهاء على أن عملاً من الأعمال يصح فى القضاء ولا يكون صحيحاً ديانةً. (٢)

### ٤ — التعزير :

التعزير نظم افردت به الشريعة الاسلامية . وهو يخالف قاعدة أساسية من قواعد التشريع الحديث وهى القاعدة التى تقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون . فقد نص فقهاء الشريعة الاسلامية على أن للقاضى أن يعزر كل من يرتكب معصية ليس لها حد مقدر فى الشرع ، سواء أكانت هذه المعصية جناية على حق الله كترك الفروض الدينية أم على حق العباد كمن يؤذى غيره بلا سبب. (٣) وبالجملة فالأمور المستوجبة للتعزير مما يدخل فى عموم ذلك غير محدودة ولا محصورة ، فيدخل فيها الاساءة فى استعمال الحق بحيث يحدث عنها ضرر بالغير، وحتى لو لم يحدث ضرر بشخص أو أشخاص معينين بأن كان العمل فى ذاته مناقضاً للشريعة كما فى نكاح التحليل .

(١) راجع احياء علوم الدين ج ٢ ص ٧٩ وقد تقدم ذكر ذلك ص ٢٦ .

(٢) مع ملاحظة أن مثل هذا الفصل قد يستوجب التعزير على ما سأتى .

وبمجرد بنا أن تشير إلى أن للجزاء الدينى فائدة كبيرة فى الزام كثير من الناس اتيان السبل الممروغ فى استعمال حقوقهم خصوصاً حيث يقرى الشهور الدينى كما هو الحال فى غالبية بلاد الشرق فإن خوف هذا الجزاء يمنع الكثيرين من اتيان ما يمتنعون أنه معاقب عليه ديانةً .

(٣) الباتم ج ٧ ص ٦٣ ؛ وابن عابدين ج ٣ ص ٢٥١ .

وتختلف صفة التعزير بحسب الأفعال فيكون شديداً أو خفيفاً تبعاً للفعل الذى يعزر من أجله . وكذلك يختلف باختلاف الأشخاص إذ أن المقصود به هو التأديب ووسيلة التأديب تختلف باختلاف من يراد تأديبه فمنهم من يكفى تنبيهه إلى ما فعل ليرتدع عنه . ومنهم من لا يرتدع إلا بالتغليظ عليه . فيكون التعزير بالاعلام والجر إلى باب القاضى والحبس والضرب وقد يصل إلى القتل سياسة .<sup>(١)</sup> ويجوز التعزير بالغرامة المالية على رأى<sup>(٢)</sup> . وقد يكون التعزير بمنع صاحب الحق منه .<sup>(٣)</sup>

### ٣ - فى جزاء الاساءة فى استعمال حقوق الزوجية

أشرنا فيما تقدم عند الكلام فى كل حق من حقوق الزوجية إلى الجزاء الذى قرره فقهاء الشريعة للاساءة فى استعمال هذا الحق . وقد رأينا كيف أن هذا الجزاء يختلف باختلاف هذه الحقوق ، وهو بأنواعه المختلفة يتنظم ما ذكرناه عن جزاء الاساءة فى استعمال الحقوق فى الشريعة الاسلامية عموماً . ومن أجل ذلك - ومنعاً للتكرار - نكتفى هنا بالإشارة إلى ما تقدم فى ذلك ، وتقتصر بحثنا الآن فى بيان كيفية تحقق هذا الجزاء عملاً .

وترجع أهمية هذا البحث الى ما عليه القضاء فى مصر من تعدد جهاته واستقلال كل منها عن باقى الجهات . والذى يهمننا فى هذا الأمر بالذات هو بيان مدى ما تخصص به المحاكم الشرعية من جانب والمحاكم المختلطة والأهلية

---

(١) يراجع فى ذلك البائع ج ٧ ص ٦٤ ؛ وابن عابدين ج ٣ ص ٢٤٥ وما بعدها .

(٢) وهو رواية عن الامام أبى يوسف - ابن عابدين ج ٣ ص ٣٤٦ ؛ واعلام الموقعين ج ٢ ص ٦٥ وما بعدها .

(٣) وهو ناقالت به محكمة تلاللشرعية فى حكمها الصادر فى ١٣ ابريل سنة ١٩٣٠ - الحاماة الشرعية ص ١ ص ٩١١ . نقضت بعدم تمكين الزوج من تنفيذ حكم الطاعة على زوجته زماناً ما تمزيراً له على اينائها بغير حق .

من جانب آخر من كل نوع من أنواع الجزاء الذى تفرضه الشريعة الاسلامية والقانون المصرى الحديث على الاساءة فى استعمال الحق، وذلك فيما يتعلق بحقوق الزوجية مما تقدم ذكره . ويخرج الجزاء الدينى من هذا البحث لأنه بحكم طبيعته خارج عن سلطان القضاء ومرجعه الى العقيدة الدينية لكل فرد. ولنتكلم فيما يدخل فى كل نوع من الأنواع الأخرى :

#### ١ - الجزاء المالى :

يرجع هذا الجزاء لقواعد المسؤولية المدنية . وهى بما تخرج عن اختصاص المحاكم الشرعية مهما كان السبب الذى تبنى عليه هذه المسؤولية لأنها مسألة مالية بحتة والمحاكم الشرعية تختص بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية فقط ، وهى كما تدل عليه نصوص لائحة ترتيبها وكما استقر عليه العمل مقصورة على ما يتعلق بشخص الانسان وذاته كالزواج والطلاق والنسب وما إلى ذلك من الأمور التى ليس لها مساس بالأموال مباشرة .<sup>(١)</sup> فهى تختص بالحقوق التى تنشأ عن هذه الأمور من حيث وجودها والأحكام المترتبة عليها، أما المطالبة بتعويضات فهى مسألة مالية بحتة تخرج عن اختصاصها وتدخل فى اختصاص المحاكم المختلطة والأهلية، وقد تقدم ذلك عند الكلام فى المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة .<sup>(٢)</sup> وقد رأينا أن المحاكم المختلطة والأهلية تقضى باختصاصها بالنظر فى قضايا المطالبة بتعويض عن فسخ خطبة<sup>(٣)</sup> أو عن اخلال بحقوق زوجية<sup>(٤)</sup> أو عن إيقاع الطلاق .<sup>(٥)</sup>

(١) يراجع شرح لائحة الاجراءات الفرعية لعمدة بك وعبد الفتاح السيد بك بند ١٣٢ ؛ وقواعد المرافعات لعمدة الشافعى بك ج ١ ص ١٢٤ ؛ والدول الخامس لأبى هيف بك بند ٦٠٤ و ٦٠٥ .

(٢) ص ١١١ . وتراجع رسالة عبد الفتاح السيد بك فى حقوق المرأة المتزوجة فى الاسلام ص ٢٨ .

(٣) ص ٦٤ و ٧٦ وما بعدها .

(٤) ص ٢٠٧ حاشى رقم ١

(٥) ص ٢٤٨ وما بعدها

والقواعد التي تطبقها المحاكم المختلطة والمحاكم الأهلية في مثل هذه القضايا هي قواعد المسؤولية المدنية عامة من حيث يبان ما يعوض من الأضرار وكيفية تقدير هذا التعويض .

### ٣ — الجزاء العيني :

لما كان هذا الجزاء من نوع ما تختص المحاكم الشرعية بالفصل فيه . كإبطال عقد زواج ، أو التفرقة بين الزوجين ، فلا تملك توقيعه غيرها من جهات التقاضى ، فلا تختص به المحاكم المختلطة ولا الأهلية .

### ٣ — التعزير :

كانت المحاكم الشرعية فيما مضى من الزمن المحاكم العامة في البلاد ، فكانت لها ولاية التعزير بالكيفية التي أشرنا إليها من قبل . فلما وضع النظم القضائى الحالى وأنشئت المحاكم الأهلية وصدر قانون العقوبات في سنة ١٨٨٣ لم يبق للمحاكم الشرعية شئ من ولاية التعزير التي كانت لها ، وأصبحت القاعدة الأساسية في العقاب أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون . وقد تضمن دستور سنة ١٩٣٣ وسنة ١٩٣٥ هذه القاعدة في المادة السادسة من كل منهما ، فكان ذلك قضاء نهائياً على كل فدرة ترمى إلى القول ببقاء ولاية التعزير للمحاكم الشرعية . (١) فلا عقاب على من يسيء استعمال أى حق من حقوقه إلا إذا

---

(١) يرى بعض المؤلفين أن اختصاص المحاكم الشرعية بالقضاء في مواد التعزير باق لعدم صدور أى نص يمنع هذه المحاكم من القضاء فيها — رسالة الدية ص ١٣٤ ، وقد أشار المؤلف الى كتاب الأستاذ أبى حيف بك في المرافعات ص ٢٩٥ و ٢٩٦ ؛ ومقال « ضرب الزوجة » للشيخ محمد سليمان بمجلة القضاء الشرعى ص ١ ص ٥٥٧ وما بعدها — وهو قول مرجوح ويكاد يتخذ الاجماع الآن على أن المحاكم الشرعية ممنوعة من النظر فيما عدا مسائل الأحوال الشخصية فليس لها ولاية التعزير . يراجع في هذا المعنى شرح لامعة الاجراءات الشرعية لأحمد قسمة بك وعبد الفتاح السيد بك بند ١٢٨ ؛ وقواعد المرافعات للمعجاوي بك ج ١ بند ٤١٦ ؛ والدول الخاص لأبى حيف بك بند ٦٠٥ ؛ ومقال « ضرب الزوجة » للشيخ أحمد أمين بمجلة القضاء الشرعى ص ١ ص ٤٦١ .

كان ذلك يكون جريمة من الجرائم التي ينص عليها قانون العقوبات أو قانون آخر، وليس للمحاكم الشرعية ولاية تطبيقها .  
وقد رأينا أن إحدى المحاكم الشرعية قضت بعدم تمكين زوج من تنفيذ حكم الطاعة على زوجته زماناً ما تعزيراً له على ايذائها بغير حق<sup>(١)</sup> وليس لدينا اعتراض على ذلك ؛ مادام النظر في تمكين الزوج من تنفيذ حكم الطاعة والفصل في الاشكالات التي ترفع عن هذا التنفيذ من اختصاص هذه المحكمة، فلها ألا تمكن الزوج منه إذا رأت من الظروف ما يبرر ذلك .

---

(١) حكم محكمة ثلاثية في ١٣ أبريل سنة ١٩٣٠ والسابق الاشارة اليه .



## خاتمة

لم تنقيد في بحثنا بمذهب معين من المذاهب المتعددة في الشريعة الإسلامية، بل بحثنا الموضوع في المذاهب المختلفة — بقدر ما وسعه الجهد — على اعتبار أن هذه المذاهب وإن اختلف بعضها عن بعض في شيء من التفاصيل فأساسها واحد وغايتها متفقة .

وقد تبين لنا أن تقييد الحقوق الفردية في الشريعة الإسلامية كان أوسع مجالا وأبلغ أثراً مما يحاوله الفقه الحديث بنظرية سوء استعمال الحقوق ، وأن هذه النظرية الناشئة لم تبلغ ما بلغت مثيلتها في الفقه الإسلامي منذ مئات السنين . وهذا طبعاً فإن هذه النظرية التي تقرب أحكام القانون لقواعد الأخلاق — وكثيراً ما عمل فقهاء القانون الحديث على الفصل بينهما — يتسوخ لها المجال في تشريع أساسه الدين وهو يأمر بالعدل والإحسان وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى .

وقد رأينا أثر هذه النظرية ظاهراً في حقوق الزوجية في جميع مراحلها من عقد الزواج إلى الفقرة بين الزوجين . وأن كثيراً من أحكام الزوجية ما كان ليظهر وجه تشريعه وتناسقه مع غيره من الأحكام لو لم يرد في أساسه إلى هذه النظرية . بل إن أحكامها أظهر في هذه الحقوق من غيرها مما يرجع إلى المعاملات المالية نظراً إلى ما سبق أن أشرنا إليه من أن حقوق الزوجية بطبيعتها ليست هي الحقوق التي يتحدد نطاق كل حق منها تحديداً مادياً يمنع الاسامة أو يقلل الفرص التي تمكن منها ، وأن استعمالها ليقترن بكل ملاسبات الحياة في جميع مظاهرها ، ولما كان الإنسان يسير في حياته متخططاً لجمع من العواطف والميول النفسية وعواصف من الأهواء فقد يدفعه رضا النفس إلى

عدم التشدد فيما له من حقوق قبل قرينه فلا يظهر للأساءه وجهه ، وقد تميل به عواطفه الى تقيض ذلك فيتجاوز حدوده ويسئ استعمال حقوقه فتقف كلمة الشرع والقانون في وجهه لترده الى سواء السبيل ، والنظرية الشرعية التي استعرضنا أحكامها في هذا البحث كفيلة بتحقيق ذلك الى حد بعيد .

الا أن هذه القوة التي ظهرت بها هذه النظرية من دراستها بشكل عام غير مقيد بمذهب معين قد لا تظهر في بعض النواحي اذا ما اقتصرنا في قانوننا الشرعي على الأخذ بأحكام مذهب معين كما هو الحال في مصر الآن ، فان لكل مذهب خصائص ، ولعلمائه تفرعات حكموا فيها اجتهادهم فأدى بهم الى نتائج منها ما يوافق مصالح الناس في الوقت الحاضر ، ومنها ما كان كذلك في زمنهم الا أن تغير الزمان أدى الى رجحان المصلحة في تركه واستبدال غيره من المذاهب الأخرى به .

ومن أجل ذلك نضم صوتنا الى صوت من قال من أفاضل العلماء المعاصرين بوجوب وضع قانون شرعي غير مقيد بمذهب معين<sup>(١)</sup> . فالمصلحة تدعو لذلك والشرعية لا تأباه . وقد سار التشريع المصري الحديث في هذا السبيل بضع خطوات ، ولو أنها قصيرة المدى ، بما أخذ به من الأحكام من غير مذهب أبى خيفة كما جاء في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . وأهم من ذلك أنه أقر الأساس بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩٣١ ونصها :

« تصدر الأحكام طبقا للدون في هذه اللائحة ولا يرجح الأقوال من مذهب أبى خيفة ماعدا الأحوال التي ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد » . ويكون

---

(١) نادى بذلك فضيلة أستاذنا الشيخ أحمد إبراهيم بك في مقال له عنوانه « وجوب وضع قانون شرعي غير مقيد بمذهب معين » بمجلة كلية الحقوق س ١ عدد ١ ص ١ وما بعدها .

هذا القانون الشرعى مبنيًا على النصوص المحكمة القطعية من الكتاب والسنة ، ومشتقًا على الأحكام التي تقتضيها مصلحة الزمان والمكان ، سواء أكانت مأخوذة ، عما قاله الفقهاء أم كانت مستنبطة استنباطًا من أصول الشريعة ومستمدة من روحها <sup>(١)</sup> . فقد آن لنا أن نقضى على ما قيل من إقفال باب الاجتهاد ويكتفى ما أصاب الشريعة الإسلامية في تطبيقها من الأخذ بهذا القول ، فقد صير مجال تطبيقها محدودًا بعد أن كانت هي القانون العام في البلاد .

على أن حماية الحقوق من العبث بها والإساءة في استعمالها لا يكفي لتحقيقها على الوجه الأكمل مجرد احكام قواعد المدنية — بمعناها الأعم — فتشمل ما يتعلق بقوانين الأحوال الشخصية — بل هي في حاجة الى تدخل قانون العقوبات لحمايتها ، فمن الناس من لا تزجره العقوبة ، وقد أثبت الواقع في هذا العصر المضطرب أن هذا الصنف من الناس كثير . والذي يتصفح قانون العقوبات المصرى يجب كيف أن نظام الأسرة لم يلق اهتمامًا من المشرع الجنائى يفرض من العقوبات على من يعبث به ما يكفل حمايته ، فبينما نرى هذا القانون يعمل على حماية الأموال والأشخاص والأنظمة من الاعتداء عليها مهما قل هذا الاعتداء نجد أن نظام الأسرة مع أهميته التي لا تنكر محروم من هذه الحماية التي تستلزمها ضرورة الحياة . وهذا أمر يجدر بمن يندم الأمر تداركه .

ولما كانت مسائل الأحوال الشخصية لم تخرج عن أن تكون فرعًا من المعاملات ، وقد اعتبرها فقهاء الشريعة الإسلامية كذلك ، وكان تعدد جهات التقاضى مما يترتب عليه عظيم الضرر بمصالح الناس ، فقد وجب العمل على توحيد أحكام القانون المدنى حتى لا تعارض أحكامه باختلاف مصادرها .

---

(١) مقال الأستاذ أحمد ابراهيم بك السابق الإشارة اليه ص ٤ و ٥ .

مع توحيد جهات التقاضى حتى لا تضيع مصالح الناس في تدافع المحاكم في تحديد اختصاص كل منها . وإن من نافلة القول أن نعدد المضار التي يسببها بقاء الحال على ما نحن فيه ، فالشعور به أصدق في الدلالة من أى محاولة لتغييره . ويجدر بنا أن نختم بحثنا بالإشارة إلى أننا أغنياء بفقهاءنا عن أن نستعين بغيره من مستحدثات القوانين ، وإن الشريعة الإسلامية التي وسعت العالم الإسلامي في أزهى عصوره ، وقضت حاجة بلادنا من التشريع مئات السنين ، لا تقصر عن أن تكون أصلح مصدر للشرع يأخذ منه أحكام قانون مدنى موحد .

---

## بيان المراجع

١ - باللغة العربية :

أولا : في الشريعة الاسلامية :

١ - القرآن الكريم وتفسيره

القرآن الكريم :

طبع المطبعة الاميرية بمصر سنة ١٣٤٧ هـ . ( وقد أشرنا الى أرقام الايات وفق ما جاء به ) .

جامع البيان في تفسير القرآن :

تأليف الامام أبي جعفر محمد بن جرير الطبري . المطبعة الميمنية بمصر .  
الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الاقاويل في وجوه التأويل :  
للإمام العلامة أبي القاسم جار الله محمود بن عمر الزعزعي الخوارزمي  
المتوفى سنة ٥٢٨ هـ . الطبعة الثانية بالمطبعة الاميرية بمصر سنة ١٣١٨ هـ .

الجامع لأحكام القرآن :

تأليف أبي عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي . ظهر منه جزءان -  
مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة ( الطبعة الأولى ) .

أنوار التنزيل وأسرار التأويل :

تأليف ناصر الدين أبو سعيد عبد الله اليازجي .  
طبع المطبعة العثمانية بالقسطنطينية سنة ١٣٠٥ هـ . ( على هامش القرآن  
الكريم ) .

روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني :

للعلامة أبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادى المتوفى  
سنة ١٢٧٠ هـ . ادارة الطباعة المنيرية بمصر .

تفسير القرآن الحكيم :

للشيخ محمد رشيد رضا ( الطبعة الاولى ) مطبعة المنار بمصر .

حكام القرآن :

تأليف الامام أبي بكر احمد بن علي الرازي الجصاص المتوفى سنة ١٣٧٠ هـ .

طبع بمطبعة الاوقاف الاسلامية بالقسطنطينية سنة ١٣٢٥ هـ .

نيل المرام من تفسير آيات الاحكام :

لمحمد صديق حسن خان . المكتبة التجارية بمصر سنة ١٣٤٧ هـ .

مجمع البيان في تفسير القرآن :

تأليف العلامة الشيخ أبي علي الفضل بن الحسن الطبرسي المتوفى سنة ٥٤٨ هـ .

( من فقهاء الشيعة الامامية ) طبع حجر سنة ١٣١٢ هـ .

ب — في السنة الشريفة :

فتح الباري بشرح صحيح الامام أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري :

لشيخ الاسلام الحافظ أبي الفضل شهاب الدين احمد بن علي بن محمد بن

حجر المسطلاني الشافعي المتوفى سنة ٨٥٢ هـ . الطبعة الاولى بالمطبعة

الاميرية بمصر .

متن الجامع الصحيح للإمام البخاري :

مطبوع على هامش فتح الباري .

ارشاد الساري لشرح صحيح البخاري :

العلامة احمد بن محمد بن أبي بكر القسطلاني المتوفى سنة ٩٢٣ هـ . الطبعة

السادسة بالمطبعة الاميرية بالقاهرة .

متن صحيح الامام مسلم وشرح الامام النووي عليه :

مطبوعان على هامش ارشاد الساري .

زاد المعاد في هدي خير العباد :

تأليف الامام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي

المعروف بابن قيم الجوزية — المطبعة الميمنية بمصر .

بلوغ المرام من أدلة الأحكام :

تأليف الحافظ بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢ هـ .

نشرته المكتبة التجارية بالقاهرة . الطبعة الثانية سنة ١٣٥٢ هـ .

نيل الاوطار شرح مبتقى الاخبار من أحاديث سيد الأخيار :

للشيخ الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة ١٢٥٥ هـ .

الطبعة الثانية — إدارة الطباعة الميرية بمصر سنة ١٣٤٤ هـ .

جامع العلوم والحكم شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم :

تأليف زين الدين أبي الفرج عبدالرحمن بن شهاب الدين بن رجب الحنبلي .

مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٣٤٦ هـ .

ج — كتب في أصول الفقه .

كشف الأسرار في شرح المنار في الأصول :

تأليف الامام أبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بمحافظ الدين

السنفى المتوفى سنة ٧١٠ هـ . المطبعة الأميرية بالقاهرة سنة ١٣١٦ هـ .

شرح نور الأنوار على المنار :

لمولانا حافظ شيخ احمد المعروف بملاجيون بن أبي سعيد بن عبيد الله

الحنفى الصديق المهورى المتوفى سنة ١١٣٠ هـ . مطبوع مع كشف الأسرار .

قر الاقمار على نور الأنوار شرح المنار :

تأليف العلامة محمد عبدالحليم بن مولانا محمد أمين الله الكنوى الانصارى .

مطبوع على هامش كشف الأسرار .

الموافقات في أصول الشريعة :

تأليف الامام أبي اسحق ابراهيم بن موسى بن محمد النخعي الشافعى ثم

الغزنائى المالكى المتوفى سنة ٧٩٠ هـ . وعليه تعليقات للشيخ عبد الله

دراز . طبع مصر (نشرته المكتبة التجارية) .

### الاعتصام :

لمؤلف كتاب المواقفات . مطبعة المنار بمصر .

### الاحكام في اصول الاحكام :

للشيخ العلامة سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي .

مطبعة المعارف بمصر .

### القياس في الشرع الاسلامي :

لشيخ الاسلام تقي الدين أبي العباس أحمد بن تيمية وتلميذه الامام

شمس الدين أبي عبد الله محمد بن قيم الجوزية .

المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٤٥ هـ .

المختارات الفتحية في تاريخ التشريع واصول الفقه :

تأليف الاستاذ الشيخ أحمد أبو الفتح بك .

الطبعة الرابعة مطبعة النهضة بمصر سنة ١٣٤٣ هـ .

### د - كتب في الفقه :

#### ١ - في فقه المذاهب الاربعة السنية :

الميزان الكبرى لسيدى عبد الوهاب الشعراني .

الطبعة الاولى بالمطبعة الحسينية المصرية سنة ١٣٢٩ هـ .

### رحمة الامة في اختلاف الائمة :

تأليف العلامة الشيخ محمد بن عبد الرحمن الدمشقي العثماني الشافعي .

مطبوع على هامش الميزان الكبرى .

### بداية المجتهد ونهاية المقتصد :

للشيخ الامام الحافظ أبي الوليد محمد بن أحمد ابن الامام أبي الوليد محمد

ابن أحمد بن رشد القرطبي المعروف بابن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ هـ .

مطبعة مصطفى البابي الحلبي وشركاه بمصر سنة ١٣٣٩ هـ .



٢ - في قه الحفية :

المبسوط :

تأليف شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي المتوفى سنة ٥٤٣٨ هـ .

مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٤ هـ .

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق :

لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي . الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية ببولاق

سنة ١٣١٤ هـ .

حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي :

مطبوعة على هامش تبيين الحقائق المتقدم .

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :

تأليف الامام علاء الدين أبي بكر مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك

العلماء المتوفى سنة ٥٨٧ هـ . الطبعة الأولى شركة المطبوعات العلمية بمصر

سنة ١٣٢٧ هـ .

الهداية شرح بداية المبتدي :

تأليف شيخ الاسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني المتوفى

سنة ٥٩٣ هـ . الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٢٦ هـ .

البحر الرائق شرح كنز الدقائق :

تأليف الشيخ زين الدين بن ابراهيم بن بكر الشيرازي بن نجم . ونكلة

الكتاب ( الجزء الثامن ) للعلامة محمد بن حسين بن علي الشيرازي بالطور .

الطبعة الأولى بالمطبعة العلمية سنة ١٣١١ هـ .

منحة الخالق على البحر الرائق :

للسيد محمد أمين الشيرازي بن عابدين . مطبوعة على هامش البحر الرائق

المتقدم .

جامع الفصولين :

تأليف شيخ الاسلام محمود بن اسرائيل الشبير باين قاضى سمانه . الطبعة  
الاولى بالمطبعة الاميرية بمصر سنة ١٣٠٠ هـ .

فتح القدير للعاجز الفقير :

تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسى ثم  
السكندري المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٨٦١ هـ . الطبعة  
الاولى بالمطبعة الاميرية بمصر سنة ١٣١٥ هـ .

تأنيج الافكار فى كشف الرموز والاسرار :

للولى شمس الدين احمد المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .  
مطبوع مع فتح القدير المتقدم ( وهو يكمله من باب الوكالة فى الجزء  
السادس ) .

شرح العناية على الهداية :

لل امام اكل الدين محمد بن محمود البابرقى المتوفى سنة ٧٨٦ هـ . مطبوع  
على هامش فتح القدير .

حاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى الملقى الشبير بسعدى جلي وسعدى  
افندى المتوفى سنة ٩٤٥ هـ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية .  
مطبوع مع شرح العناية المتقدم على هامش فتح القدير .

رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار :

تأليف السيد محمد أمين الشبير بابن عابدين . المطبعة العثمانية بالقسطنطينية  
سنة ١٣٢٤ هـ .

الدر المختار شرح تنوير الابصار :

تأليف الشيخ محمد علاء الدين الحصكفى . مطبوع على هامش رد المختار  
لابن عابدين .

بجمع الانهر شرح ملتقى الابهر :

تأليف العلامة عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المدعو بشيخى زاده

المتوفى سنة ١٠٧٨ هـ. المطبعة الثمانية بالقسطنطينية.

الدر المتق في شرح المتق :

تأليف الشيخ محمد علاء الدين الحصكفي . مطبوع على هامش مجمع الأنهر

درر الحكم في شرح غرر الأحكام :

تأليف العلامة محمد بن فرامرز بن علي الشير بمنلا خسرو.

حاشية العلامة أبي الاخلاص الشيخ حسن بن عمار بن علي الوفاي الشربلالي.

مطبوع على هامش درر الحكم السابق.

تجديد المسرات بالقسم بين الزوجات :

وهي الرسالة السادسة عشرة من مجموعة رسائل الشيخ حسن الشربلالي

المسماة بالتحقيقات القدسية والنفعات الرحمانية الحسينية في مذهب

السادة الخفية.

كشف المعضل فيمن عضل :

وهي الرسالة الثامنة عشرة من المجموعة السالفة الذكر . والمجموعة خطية

في مجلد واحد موجود بدار الكتب الملكية المصرية ومقيد بها برقم

٥٢ فقه حنفى م .

الفتاوى الأنقروية :

لمحمد بن الحسين المتوفى سنة ٧٤٥ هـ . مطبعة يولاق سنة ١٢٨١ هـ .

الفتاوى المالسكرية المعروفة بالفتاوى الهندية :

ألفها جماعة من علماء الهند برئاسة العلامة الشيخ نظام وذلك بأمر السلطان

أبي المظفر محي الدين محمد أورنگ زيب بهادر المالكير . المطبعة

الأميرية بمصر .

العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية :

تأليف الشيخ الامام العلامة السيد محمد أمين الشير بابن عابدين . الطبعة

الثانية — المطبعة الأميرية بمصر سنة ١٣٠٠ هـ .

الفتاوى الطروسية أو أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل :  
تأليف الامام العلامة قاضى القضاة نجم الدين ابراهيم بن على بن أحد  
ابن عبد الصمد الطروسى المتوفى سنة ٧٥٨ هـ . مطبعة الشرق بمصر  
سنة ١٣٤٤ هـ .

الفتاوى المهدية فى الوقائع المصرية :  
لشيخ الاسلام محمد العباسى المهدى . الطبعة الأولى بالمطبعة الأزهرية  
المصرية سنة ١٣٠١ هـ .

مجمع الضمانات فى مذهب الامام الأعظم أبى حنيفة النعمان :  
تأليف العلامة أبى محمد بن غانم بن محمد البغدادى . الطبعة الأولى المطبعة  
الخيرية بمصر سنة ١٣٠٨ هـ .

معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام :  
للشيخ الامام علاء الدين أبى الحسن على بن خليل الطرابلسى الحنفى .  
المطبعة الميمنية بمصر سنة ١٣١٠ هـ .

لسان الحكام فى معرفة الأحكام :  
تأليف الشيخ أبى الوليد ابراهيم بن محمد المعروف بابن الشحنة الحنفى .  
مطبوع على هامش معين الأحكام .

مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الانسان :  
تأليف محمد قدرى باشا .

الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية :  
تأليف محمد قدرى باشا .

شرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية :  
تأليف الأستاذ الشيخ محمد زيد الايأتى بك . الطبعة الرابعة سنة ١٣٤٢  
— سنة ١٩٢٤ بالقاهرة .

خلاصة الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية :  
تأليف الأستاذ الشيخ محمد سلامه بك . الطبعة الثانية سنة ١٣٤١ هـ .

سنة ١٩٢٣ م مطبعة النهضة بمصر .  
أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية :  
للاستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك . مطبعة الفتوح الأدبية بمصر  
سنة ١٣٤٣ هـ — سنة ١٩٢٥ م .

٣ — في فقه المالكية :

المدونة الكبرى :

للإمام مالك بن أنس الأصبحي رواية الإمام سخون بن سعيد التنوخي  
عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم عنه — الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية  
بمصر سنة ١٣٢٤ هـ .

المقدمات المهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعية  
والتحصيلات المحكمات لأمات مسائلها المشكلات :  
تأليف الإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد المتوفى سنة ٥٢٠ هـ .  
مطبوعة مع المدونة الكبرى .

مواهب الجليل لشرح مختصر أبي الضياء سيدي خليل :  
تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الأصل المكي  
المولود الرعي المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤ هـ . الطبعة الأولى  
مطبعة السعادة بمصر سنة ١٣٢٨ هـ .

التاج والاكلي لمختصر خليل :

تأليف أبي عبد الله سيدي محمد ابن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير  
بالمواق المتوفى سنة ٨٩٧ هـ . مطبوع على هامش مواهب الجليل السابق .  
شرح الشيخ أبي عبد الله محمد الحارثي على مختصر العلامة أبي الضياء  
سيدي خليل :

طبع مصر .

حاشية الشيخ علي العدوي :

مطبوعة على هامش الشرح المتقدم .

شرح سيدى عبد الباقي الزرقانى على مختصر الامام أبى الضياء سيدى خليل :

الطبعة الثانية بالمطبعة الأميرية بمصر سنة ١٣٠٣ هـ .

حاشية الشيخ محمد البناى :

مطبوع على هامش شرح الزرقانى السابق .

شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل . وبهامشه الحاشية المسماة تسهيل

منح الجليل :

تأليف الشيخ محمد عlish . طبع مصر .

فتح العلي المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك :

تأليف الأستاذ أبى عبد الله الشيخ محمد عlish . الطبعة الأولى بالمطبعة

الأميرية سنة ١٣٠٠ هـ .

تحرير الكلام فى مسائل الالتزام : — للامام الخطاب .

مطبوع بالجزء الأول من فتاوى الشيخ عlish صفحة ١٥١ وما بعدها .

٤ — فى فقه الشافعية :

الام :

تأليف الامام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى ( رواية الربيع بن

سليمان المرادى عنه ) . الطبعة الأولى بالمطبعة الأميرية بمصر سنة ١٣٢١ هـ .

مختصر الامام أبى إبراهيم اسماعيل بن يحيى المزنى الشافعى المتوفى سنة ٨٢٦ هـ :

مطبوع على هامش الام .

نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج فى الفقه على مذهب الامام الشافعى :

تأليف العلامة شمس الدين محمد ابن الامام العارف بالله تعالى شهاب

الدين أحمد الرمل . المطبعة المصرية سنة ١٣٠٤ هـ .

حاشيتا العلامة أبى الضياء الشيخ على الشبراخلى والعلامة الرشيدى :

مطبوعتان على هامش الكتاب السابق .

حاشية الشيخ سليمان البيجرى المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب .

طبع مصر .

شرح الخطيب المسمى بالافتاح فى حل ألفاظ أبى شجاع :

تأليف العلامة الشيخ محمد الشربىنى الخطيب . مطبوع على هامش الكتاب

السابق .

٥ — فى فقه الحنابلة :

كشاف الفتاوى على متن الافتاح :

تأليف العلامة الشيخ منصور بن إدريس الحنبلى . الطبعة الأولى بالمطبعة

العامة الشرقية سنة ١٣١٩ هـ .

شرح المنتهى :

تأليف الشيخ منصور بن يونس البهوتى الحنبلى . مطبوع على هامش

كشاف الفتاوى .

مجموعة فتاوى شيخ الاسلام أحمد بن تيمية الحرانى المتوفى سنة ٧٢٨ هـ :

مطبعة كردستان العلمية بمصر سنة ١٣٢٨ هـ .

إقامة الدليل على إبطال التحليل :

تأليف الامام شيخ الاسلام أحمد بن تيمية الحرانى .

مطبوع مع الجزء الثالث من فتاوى ابن تيمية .

الاختيارات العلمية فى اختيارات شيخ الاسلام ابن تيمية :

رتبه على ترتيب الأبواب الفقهية الشيخ الامام علاء الدين أبو الحسن

على بن محمد بن عباس البعلبى الدمشقى . مطبوع مع الجزء الرابع من

فتاوى ابن تيمية .

اعلام الموقعين عن رب العالمين :

للشيخ الامام العلامة شمس الدين أبى عبد الله محمد بن أبى بكر أيوب

الزوعى المعروف بابن قيم الجوزية المتوفى سنة ٧٥١ هـ . المطبعة المنبرية

بالقاهرة .

٦ — في فقه المذاهب الأخرى:

المحلى ( في فقه الظاهرية ) :

تأليف الامام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى سنة ٥٤٥٦ هـ  
إدارة الطباعة المنيرية بالقاهرة .

المنتزع المختار من الفيت المردار المفتاح لكأتم الأزهار في فقه الأئمة  
الاطهار ( فقه الزيدية ) :

تأليف العلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح . مطبعة المعاهد بمصر  
سنة ١٣٤٠ هـ .

٥ — كتب ورسائل أخرى:

إحياء علوم الدين :

للإمام حجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي . طبع مصر  
( عيسى البابي الحلبي وشركاه ) سنة ١٣٤٨ هـ .

الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية :

تأليف العلامة شمس الدين أبي عبد الله محمد بن قيم الجوزية المتوفى  
سنة ٧٥١ هـ . مطبعة الآداب والمؤيد بمصر سنة ١٣١٧ هـ .

تاريخ التشريع الاسلامي :

تأليف الشيخ محمد الحضري بك الطبعة الرابعة مطبعة الاستقامة  
سنة ١٣٣٥ هـ .

الدية في الشريعة الاسلامية وتطبيقها في قوانين وعادات مصر الحديثة :

تأليف الدكتور علي صادق أبو هيف الطبعة الأولى سنة ١٩٣٢ هـ .

نظام النفقات في الشريعة الاسلامية :

تأليف الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم إبراهيم بك . المطبعة السلفية سنة

١٣٤٩ هـ .



القول الجامع في الطلاق البدعي والمتابع :

تأليف الشيخ محمد بنحيت المطبعة الخيرية بمصر سنة ١٣٢٠ هـ .

رفع الأغلاق عن مشروع الزواج والطلاق :

تأليف الشيخ محمد بنحيت المطبعي المطبعة السلفية بالقاهرة سنة ١٣٤٦ هـ .

مذكرة بالرد على مشروع القانون الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية :

للشايخ محمود الدينارى ومحمد العنانى وحسن البيومى من علماء الأزهر .

مطبعة التضامن الاخوى بمصر .

الزواج والطلاق المدنى فى القرآن :

تأليف الشيخ محمد أبوزيد . الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦ هـ . مطبعة التقدم

الحديثة بمصر .

نداء للجنس اللطيف — فى حقوق النساء فى الاسلام :

تأليف السيد محمد رشيد رضا . مطبعة المنار بمصر سنة ١٣٥١ هـ .

الشيعة والمنار :

ملحق الجزء السابع من مجلة العرفان سنة ١٣٢٨ هـ . المطبعة المصرية

بيروت .

مجلة الأحكام العدلية :

المصالح المرسلة :

رسالة للإمام نجم الدين الطوفى الحنبلى بتعليقات للشيخ جمال الدين

القاسمى . نشرت بمجلة المنار المجلد التاسع .

و— مقالات ومذكرات :

وجوب وضع قانون شرعى غير مقيد بمذهب معين :

للاستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك . مجلة كلية الحقوق السنة الأولى العدد

الأول الصفحة الأولى وما بعدها .

الزواج المدنى والزواج الدينى فى نظر الشريعة الاسلامية :

مقال للأستاذ الشيخ أحمد ابراهيم بك . مجلة كلية الحقوق السنة الثانية

العدد الأول صفحة ٦ وما بعدها .

مدى استعمال الحق وما يتقيد به في الشريعة الإسلامية :

مقال لفصيلة الشيخ أحمد إبراهيم بك . مجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد الثالث الصفحة الثالثة وما بعدها .

تعويض الزوجة عن الإخلال بوعد الزواج :

للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك . الجريدة القضائية السنة الأولى العدد الرابع صفحة ٣٠٢ .

المهديا قبل الزواج أيضا :

للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك . الجريدة القضائية السنة الأولى العدد السابع الصفحة الأولى وما بعدها .

المخطوبة التي يهجرها الخاطب — الفقه الإسلامي ونظرية التعويض :

لأحمد محمد الأزهرى المحامى . الجريدة القضائية السنة الأولى العدد ١١ صفحة ٢٠١ .

هل يدفع الخاطب تعويضا لمخطوبته إذا أخل بوعد الخطبة ؟

فتوى شرعية للشيخ محمد نجيب المطيعى مجلة المحاماة الشرعية السنة الثانية صفحة ٤٤ .

حكما أهليان في مسألتين شرعيتين :

لمحمد لطفي جمعة المحامى . مجلة المحاماة الشرعية السنة الأولى صفحة ٥٧١ .

التزام التبرعات :

للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بك . مجلة القانون والاقتصاد بالمجلدين

الثاني والثالث .

إبطال نكاح التحليل :

لأحد علماء مدرسة القضاء الشرعى . مجلة القضاء الشرعى السنة الأولى

صفحة ١٠١ وما بعدها .

حكم المحلل :

فتوى شرعية لفضيلة الشيخ طه حبيب . مجلة نور الاسلام المجلد الرابع

صفحة ٥٥٨ — ٥٦٠ .

حول الاشكال في تنفيذ طاعة الزوج يضرب ويؤذى :

مقال بمجلة القضاء الشرعي السنة الأولى صفحة ٣٦٧ بامضاء ( زفر ) .

ضرب الزوجة :

للاستاذ أحمد أمين . مجلة القضاء الشرعي السنة الأولى صفحة ٤٥٧

بحث وملاحظة ( وهو مقال في الموضوع السابق ) :

للشيخ محمود عرنوس . مجلة القضاء الشرعي السنة الأولى صفحة ٥٢٢ .

حول بحث ضرب المرأة ولذاها :

مقال بمجلة القضاء الشرعي السنة الأولى صفحة ٥٢٧ بامضاء

« أبو يوسف » .

ضرب الزوجة :

للشيخ محمد سليمان . مجلة القضاء الشرعي السنة الأولى صفحة ٥٥٧ .

حول الاشكال في تنفيذ طاعة الزوج يضرب ويؤذى :

مقال بمجلة القضاء الشرعي السنة الأولى صفحة ٥٩٩ بامضاء « زفر » .

وملحق للقال بصفحة ٦٧٠ من نفس المجلة .

حكم مسكن الطاعة — ( حبس الزوج زوجته . مضارته )

فتوى شرعية في ١٨ أغسطس سنة ١٩٢٩ ( للشيخ عبد المجيد سليم )

مجلة المحاماة الشرعية السنة الأولى صفحة ٣٦ .

الطلاق في الاسلام :

بقلم مستبصر لخير الأمة . مجلة الاحكام الشرعية السنة الأولى صفحة

٥١ وما بعدها و صفحة ٧٨ وما بعدها .

الطلاق في الاسلام :

بقلم حسن الشمسي . مجلة الاحكام الشرعية السنة الأولى صفحة ١٢٥

وما بعدها وصفيحة ١٤٩ وما بعدها .

#### الطلاق الثلاث :

للشيخ محمد عبد العزيز الحولى . مجلة القضاء الشرعى السنة الرابعة عدد

٤٠٥ صفحة ١٨١ وما بعدها .

التطليق ثلاثا بلفظ واحد ( إجتهد عمر ) :

لالم من علماء مدرسة القضاء الشرعى . مجلة القضاء الشرعى السنة الأولى

عدد ٢ صفحة ٥٠ وما بعدها .

#### الطلاق الثلاث :

بقلم ط . ر . مجلة المحاماة الشرعية السنة الأولى صفحة ٤٧١ وما بعدها

حول فتوى الطلاق الثلاث :

لعبد الرحمن المجموعى . مجلة المحاماة الشرعية السنة الأولى صفحة ٦٨١

وما بعدها وصفيحة ٨٦٥ وما بعدها .

تعريض المرأة بسبب الطلاق :

لعبد الله صيام . مجلة المحاماة الشرعية السنة الثانية صفحة ٦٠١ وما بعدها .

مشروع القانون الجديد الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية :

للاستاذ أحمد ابراهيم ابراهيم بك . مجلة كلية الحقوق السنة الثانية العدد

الرابع الصفحة الثالثة وما بعدها .

مشروع الزواج والطلاق :

للشيخ محمد عبد العزيز الحولى والشيخ محمد أحمد العدوى . مجلة القضاء

الشرعى :

السنة الرابعة — صفحة ٣٢٧ و ٣٩٢ وما بعدها .

السنة الخامسة — صفحة ٧٤ و ١٣٠ وما بعدها .

مذكرات لجنة المحاماة عن مشروع القانون الذى صدر برقم ٢٥ لسنة

١٩٢٩ يعرض أحكام الأحوال الشخصية :

( غير مطبوعة ) .

مذكرة الشيخين محمد أبى الفضل وعبد الرحمن قراعة :  
عن المشروع السالف الذكر ( غير مطبوعة ) .  
مذكرة فضيلة الشيخ محمد مصطفى المراغى :  
عن المشروع السالف الذكر أيضاً ( غير مطبوعة ) .

ثانيا : مؤلفات فى غير الشريعة الاسلامية :

المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائى فى مصر :  
تأليف عبد الحميد أبوهيف بك . الطبعة الثانية مطبعة الاعتقاد بمصر  
سنة ١٩٢١ .

الوجيز فى المرافعات المصرية :  
تأليف عبد الفتاح السيد بك . مطبعة النهضة بمصر سنة ١٩٢١ .  
شرح لأتمة الاجراءات الشرعية والقوانين واللوائح المرتبطة بها :  
تأليف أحمد قحة بك . وعبد الفتاح السيد بك طبع القاهرة سنة ١٩٢٣ .  
قواعد المرافعات فى القانونين الاهلى والمختلط :  
تأليف محمد العشماوى بك . مطبعة الاعتقاد بمصر سنة ١٩٢٨ .  
القانون الدولى الخاص فى أوروبا وفى مصر :  
تأليف عبد الحميد أبوهيف بك . مطبعة الاعتقاد بمصر سنة ١٩٢٤ .

المجموع الصفوى :  
وهو مجموعة قوانين الكنيسة القبطية الأرثوذكسية . جمعها العلامة القبطى  
الشيخ الصنى أبو الفضائل ابن العسال . طبع مصر سنة ١٦٢٤ قبطية .  
قانون الزواج والطلاق الايرانى الذى عمل به ابتداء من ٢٢ سبتمبر  
سنة ١٩٣١ .

( وقد أرسلت ترجمته من وزارة الحقانية المصرية إلى المحاكم الشرعية  
بتاريخ ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٣١ ) .

ثالثاً : مجموعات دورية :

المجموعة الرسمية للمحاكم الأهلية .

مجلة الاستقلال .

مجلة الشرائع .

مجلة المنار .

مجلة الأحكام الشرعية .

مجلة القضاء الشرعى .

مجلة المحاماة الشرعية .

مجلة نور الاسلام .

مجلة المحاماة .

مجلة كلية الحقوق .

الجريدة القضائية .

مجلة القانون والاقتصاد .

---

damages for breach of promise of marriage. *Journal of Comparative Legislation and International Law*. Third series, vol XI. 1929, P. 68-74.

**Norès (Ed.) et Pommereau (H.)**

Etude sur le don Mouîla ou don de consolation. *Revue Algérienne* 1918 lière partie P. 1 et suiv.

**Ripert (G.)**

Abus ou relativité des droits. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*. 1929 P 33 et suiv.

**Victor Almquist :**

Projet de loi Suédoise sur la stérilisation de certains individus. ( *Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire* (volume 1. p 83 et suiv.

**Vizioz (H.)**

De la sanction des abus et fautes commis dans l'exercice des voies de droit civiles.

(Supplément de l'Egypte Judiciaire N.65. 21Janv. 1934.)

**III—Recueils de Jurisprudence.**

Dalloz Périodique

Recueil Sirey

*Revue Algérienne, Tunisienne et Marocaine de Législation et de Jurisprudence.*

*Jurisprudence des Tribunaux de la Réforme en Egypte* (Recueil Officiel).

*Bulletin de Législation et de Jurisprudence Egyptiennes.*

*Gazette des Tribunaux Mixtes d'Egypte.*

*Journal des Tribunaux Mixtes.*

*L'Egypte Judiciaire.*

---

**Planiol (M) et Ripert (G.)**

Traité élémentaire de droit civil. 10ème et 11ème éditions.

**Planiol (M.) et Ripert (G.)**

Traité Pratique de Droit Civil Français.

Projet de Code des Obligations et des Contrats. (Projet Franco-Italien). Roma 1928.

**Ripert (Georges)**

La règle morale dans les obligations civiles. 2ème éd. Paris 1927.

**Sautayra et Cherbonneau Eug :**

Droit Musulman: du Statut Personnel et des Successions. Paris 1873.

**Walton (F. P.)**

The Egptian Law of Obligations. London 1923.

**II—Articles ; Rapports.**

**August Goli**

Loi Danoise du 11er juin 1929 sur la stérilisation. (Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire). volume I p 175 et suiv.

**Hartvig Nissen**

projet de loi Norvégienne sur la stérilisation. (Recueil de documents en matière pénale et pénitentiaire). volume II p. 188 et suiv.

**Josserand (L.)**

Le problème juridique de la rupture des fiançailles. Dalloz Hebdomadaire 1927 p 21 et suiv.

**Josserand (L.)**

A propos de la relativité des droits. Revue Critique de Législation et de Jurisprudence. 1929 p. 277 et suiv.

**Kaouchansky (D. M.)**

La promesse de mariage en droit comparé. Revue Critique de Législation et de Jurisprudence 1932 P. 30 et suiv.

**Laple (P. O.)**

The present State of French Case-Law with regard to



**Duguit (L)**

Traité de Droit Constitutionnel. 3ième éd. tome I.

**Duguit (L)**

Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. 2ème éd. Paris 1920.

Eversley's Law of the Domestic Relations. 4th. edition.

By : Alexander Cairns. London 1926.

**Fathy (Mahmoud) :**

La Doctrine Musulmane de l'Abus des Droits. Lyon 1913.

**Halsbury (Earl of)**

The Laws of England. vol. XVI Husband and Wife. London 1911.

**Huils (E. de)**

Eléments d'un Répertoire Alphabétique de Droit Civil Egyptien. Chambéry 1910.

**Josserand (L.)**

De L'esprit des droits et de leur relativité. (Théorie dite de l'Abus des Droits). Paris 1927.

**Josserand (L.)**

Cours de droit civil positif français. 1930.

**Lalou (H.)**

La responsabilité Civile. Paris 1932.

**Lévy (Emmanuel)**

La vision socialiste du droit. Paris 1926.

**Mazeaud (H. et L.)**

Traité théorique et pratique de la responsabilité civile. 2ième édition Paris 1934.

**Messina (Salvatore)**

Traité de Droit Civil Egyptien Mixte.

**Morand (Marcel)**

Etudes de droit Musulman Algérien. Alger. 1910.

**Morand (Marcel)**

Avant — Projet de Code de Droit Musulman Algérien, Alger. 1916.

**Palagi (Dario)**

Le Code Civil mixte. Alexandrie 1930.

## **I — Traité; brochures.**

### **Le Koran.**

Traduction faite sur le texte Arabe. P. M. Kasimirski  
2 volumes:

### **Abd El-Pattah El-Sayed Bey.**

De l'étendue des droits de la femme dans le mariage  
musulman et particulièrement en Egypte. Dijon 1923.

### **Adrien Cance.**

Le Code de Droit Canonique. 4ième éd. Paris 930.

### **Bestawros (G.)**

Code Civil Egyptien Mixte Annoté. Paris 929 et 93

### **Bonnecase (Julien)**

Supplément au traité théorique et pratique de droit civil  
de Baudry—Lacantinerie. t. III Paris 1926.

### **Camplon (L.)**

La Théorie de l'Abus des Droits. Bruxelles et Paris  
1925.

### **Clavel (Eug.)**

Droit Musulman : Du Statut Personnel et des Succes-  
sions. Paris 1895.

### **Codificazione Canonica Orientale (Copto-Egizi).**

### **Colin (A) et Capitant (H)**

Cours élémentaire de droit civil français. 4ème édition.

### **Demey (Julien)**

La notion actuelle du devoir conjugal et le but du mariage  
devant les tribunaux civils et les officialités. Paris 1931.

### **Demogue (R)**

Traité des obligations en général. Paris 1923 — 1933.

## تنبيه

أشرنا الى المراجع بهوامش الكتاب باختصار . ولما كان بعض ما أثير به قد يلتبس على القارىء ، فقد رأينا أن نثبت هنا بعض هذه الاشارات مع اسماء المؤلفات التى تدل عليها ، وذلك تسهيلا للرجوع اليها عند الحاجة :

- ابن عابدين : رد المختار على الدر المختار لابن عابدين  
احمد ابراهيم بك : أحكام الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية للاستاذ احمد ابراهيم بك  
البدائع : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى  
البيضاوى : أنوار التنزيل وأسرار التأويل  
الآلومى : روح المعانى فى تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني  
الزبلى : تبين الحقائق شرح كنز الدقائق  
الطبرى : جامع البيان فى تفسير القرآن  
تفسير المتار : تفسير القرآن الحكيم للشيخ محمد رشيد رضا  
مذكرة علماء الأزهر : مذكرة المشايخ محمود الدينارى ومحمد العنانى وحسن اليومى بالرد على مشروع القانون الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

أما باقى المراجع فالأشارة اليها واضحة الدلالة عليها .



# فهرس الكتاب

## مقدمة

في مدى استعمال الحق وما يتقيد به في القوانين الوضعية الحديثة  
وفي الشريعة الإسلامية

صفحة

### الفصل الأول :

- في مدى استعمال الحق وما يتقيد به في القوانين الوضعية الحديثة .
- ١ — في القانون الفرنسي . . . . .
- منشأ النظرية — ٥ . حالات إساءة استعمال الحق — ٧ . التطبيقات  
القضائية للنظرية في فرنسا — ١٢ . الحقوق المطلقة — ١٣ .
- ب — في القوانين الحديثة غير القانون الفرنسي . . . . . ١٤
- تأثير هذه القوانين بما تأثر به الفقه والقضاء في فرنسا — ١٤ .  
انقسام هذه القوانين إلى فريقين فريق يقصر تطبيق النظرية  
على حالة قصد الأضرار وفريق يقر النظرية الفرنسية على  
اطلاقها — ١٤ . الفريق الأول — ١٤ . الفريق الثاني — ١٥ .
- ج — في القانون المصري . . . . . ١٨
- تأثير القضاء في مصر بما عليه العمل في فرنسا — ١٨ . التطبيق  
القضائي للنظرية في مصر — ١٨ . تأثير بعض الأحكام بقواعد  
الفقه الإسلامي — ٢٢ . . . . .

صفحة

## الفصل الثاني :

- ٢٤ في مدى استعمال الحق وما يتقيد به في الشريعة الإسلامية  
اختلاف نظرية الحق في الشريعة الإسلامية عنها في القوانين  
الوضعية الحديثة — ٢٤ . تقسيم فقهاء الشريعة الأفعال بالنسبة  
لحق الله وحق الإنسان — ٢٤ . نتيجة ذلك قاعدتان — ٢٥ .  
الأفعال إما مضرّة بالغير أو غير مضرّة بأحد — ٢٦ . الأمر  
بالعدل والاحسان والنهي عن المضارة — ٢٦ . استعمال الحق  
لمجرد الاضرار بالغير — ٢٨ . اصطلاح قصد الاضرار بقصد  
فزع النفس — ٢٩ . استعمال الحق بغير مصلحة لصاحبه — ٣٠ .  
الضرر الناتج عن استعمال الحق من غير أن يكون إحداث الضرر  
مقصوداً — ٣١ . الضرر العام — ٣١ . الضرر الخاص — ٣٣ .  
يجب أن يكون قصد المكلف من استعمال حقه موافقاً لقصد  
الفارح من هذا الحق ، النية وأثرها في أفعال الإنسان — ٣٩ .  
مقارنة النظرية القانونية بالنظرية الشرعية — ٤٢ .

## الباب الأول

### في الخطبة

تمهيد . . . . . ٤٧

### الفصل الأول :

الخطبة عند المسيحيين . . . . . ٤٩

الخطبة في القانون الكنسي وتطور أحكامها — ٤٩ . الخطبة في

الشريعة الأرثوذكسية — ٥٠ . . . . .

ملحة

## الفصل الثاني :

الخطبة في الشرائع الحديثة . . . . . ٥٢

عموميات — ٥٢ . في القانون الايطالى — ٥٣ . في القانون  
الاماني — ٥٣ . في القانون التركي — ٥٤ . في القانون الصيني  
الجديد — ٥٤ . في القضاء الانجليزى — ٥٥ . ما يستتج من  
أحكام هذه القوانين — ٥٦ . الخطبة في هذه الشرائع تعتبر  
عقداً — ٥٦ . فسخ الخطبة فيها موجب للتعويض بذاته — ٥٧ .  
الخطبة في القانون الفرنسى — ٥٨ . تصوير عام لتكييف الخطبة  
من الوجهة القانونية في الشرائع الحديثة — ٦١ . . . . .

## الفصل الثالث :

الخطبة في القانون المصرى . . . . . ٦٤

الفرع الأول — في القضاء المختلط . . . . . ٦٤

حرية الزواج — ٦٤ . الخطبة غير ملزمة — ٦٤ . تطبيقات  
قضائية لحالات المسئولية التى قد تترتب على فسخ الخطبة — ٦٥ :  
الخطبة المجردة لا أثر لها من الوجهة القانونية — ٦٧ . استبعاد  
تطبيق قوانين الأحوال الشخصية — ٦٨ . . . . .

الفرع الثانى — الخطبة وقضاء المحاكم الأهلية . . . . . ٦٨

حرية الزواج — ٦٨ . مناسبة عرض المنازعات الناشئة عن  
الخطبة على المحاكم الأهلية — ٦٨ . . . . .

أولاً — استرداد المهر والهدايا . . . . . ٦٩

١ — الاختصاص . . . . . ٦٩

اختلاف المحاكم الأهلية في القضاء باختصاصها في مثل هذه

صفحة

- المنازعات — ٦٩. الرأى القائل بعدم الاختصاص — ٦٩.  
الرأى القائل بالاختصاص — ٧٠. . . . .  
٢ — القانون الذى تطبقه المحاكم الاهلية إذا ما قضت  
باختصاصها . . . . . ٧١  
الرجوع لأحكام القانون الشخصى — ٧١. تطبيقات  
قضائية — ٧٢. . . . .  
ثانياً — المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة . . . ٧٣  
شروع عرض المنازعات التى من هذا القبيل على المحاكم فى  
السنين الأخيرة — ٧٣. التطور الاجتماعى الحديث هو  
الذى هيا المجال لذلك — ٧٣. . . . .  
١ — تكييف الخطبة من الوجهة القانونية . . . ٧٤  
حرية الزواج — ٧٤. انكار صفة العقد للخطبة — ٧٥.  
٢ — أثر فسخ الخطبة من أحد الطرفين . . . ٧٦  
اختلاف المحاكم فى القول بتعويض الضرر الناتج عن فسخ  
الخطبة — ٧٦. الرأى الأول: تعويض الضرر الناتج عن  
الخطأ المقارن للعدول وليس عن العدول فى ذاته — ٧٦.  
الرأى الثانى: التعويض على أساس اساءة استعمال حق  
العدول — ٧٩. الرأى الثالث: العدول إياحة صرفة  
لا يترتب عليها أى مسؤولية — ٨٤. . . . .  
الفرع الثالث — الخطبة فى الفقه المصرى الحديث . . ٨٨  
قلة البحوث المتعلقة بهذا الموضوع — ٨٨. رأى يجوز تعويض  
الضرر الناتج عن فسخ الخطبة — ٨٨. الرأى الغالب ألا  
مسؤولية عن الفسخ — ٨٨. . . . .



ملحة

## الفصل الرابع :

### الخطبة في الشريعة الاسلامية . . . . . ٩٠

تعريفها — ٩٠ . للخطبة معنيين شرعا : الأول اظهار الرغبة  
من جانب أحد الطرفين في الزواج بالطرف الآخر، حكمه — ٩١ .  
الثاني الخطبة بمعنى توافق الطرفين ، أثرها ، تحريم الخطبة على  
الخطبة — ٩٢ . الخطبة تعهد — ٩٣ . . . . .

### العدول عن الخطبة . . . . . ٩٤

العدول جائز — ٩٤ . حق العدول مقيد بوجوب أن يكون  
لمبرر شرعى — ٩٥ . . . . .

### الأثر المترتب على فسخ الخطبة . . . . . ٩٦

لا خلاف في استرداد المهر — ٩٦ . استرداد الهدايا — ٩٧ .  
هدية الخطبة تعتبر هبة — ٩٧ . استرداد هدايا الخطبة حاضض  
لقواعد الرجوع في الهبة — ٩٨ . تعويض ما قد يترتب على  
فسخ الخطبة من الأضرار — ٩٩ . الخطبة وعد بالزواج — ١٠٠ .  
هل الوعد ملزم ؛ اختلاف في الرأي — ١٠٠ . جواز تعويض  
ما يترتب على فسخ الخطبة من الأضرار — ١٠١ . . . . .

## الفصل الخامس :

### تمحيص القضاء المصرى في هذا الموضوع . . . . . ١٠٣

### ١ — هدايا الخطبة . . . . . ١٠٤

### أ — من حيث الاختصاص . . . . . ١٠٥

### ب — حكم هدايا الخطبة إذا ما فسخت . . . . . ١٠٨

### ٢ — ما يتعلق بالمهر . . . . . ١١٠

### ٣ — المسؤولية الناشئة عن فسخ الخطبة . . . . . ١١٠

## الباب الثاني

### في الحقوق المتعلقة بالزواج في ذاته

صفحة

#### الفصل الأول :

في الزواج . . . . . ١١٨

مشروعية الزواج وحكمته — ١١٨ . ما يتقيد به حق الزوج

— ١٢٠ . . . . .

الوجه الأول — يجب أن يكون قصد الشخص من

الزواج موافقاً للحكمة التي من أجلها شرع النكاح . ١٢١

١ — نكاح المنة — ١٢٢ . ب — نكاح التحليل — ١٢٣

ج — نكاح المريض — ١٢٨ . . . . .

الوجه الثاني — تقيد الزواج بعدم ترتب ضرر عليه . ١٣٠

١ — إذا ترتب على الزواج في ذاته ضرر . ١٣١

الضرر الذي يلحق بالزوجة — ١٣١ . الضرر

العامة — ١٣٤ . التعقيم — ١٣٤ . تعليمات

وزارة الحفائية لمنع انتشار الأمراض السرية

— ١٣٧ . . . . .

ب — إذا وقع تقصير في استعمال حق الزوج

ترتب عليه ضرر . . . . . ١٣٨

الكفاءة في الزواج — ١٣٨ . . . . .

#### الفصل الثاني :

في تعدد الزوجات . . . . . ١٤٢

الأساس التشريعي للتعدد — ١٤٢ . اختلاف المفسرين في تأويل

صدقة

آية التعدد — ١٤٢ . ما يستتبع من وجوه التأويل هذه — ١٤٥ .  
 اسراف الناس في استعمال هذا الحق — ١٤٦ . تدخل المشرع ،  
 مشروع تقييد التعدد — ١٤٧ . اختلاف العلماء بشأن هذا  
 المشروع — ١٤٩ . رأى المعترضين على المشروع وحججهم  
 — ١٤٩ . رد محذى المشروع على هذه الاعتراضات — ١٥٢ .  
 رأينا الخاص في التعدد — ١٥٥ . . . . .

### الفصل الثالث :

١٦٢ . . . . . فى حق التزويج

الأصل أن رضاء الزوجين معتبر فى الزواج — ١٦٢ . ولاية  
 التزويج استثناء — ١٦٢ . لهذه الولاية مظهران : . . .

١٦٢ . . . . . ١ — حق الجبر

اختلاف الفقهاء فىمن يجوز إجباره ومن له ولاية الإجار  
 — ١٦٢ . أساس ولاية الإجار ١٦٣ . قيودها : .

القيد الأول : يجب أن يكون الإجار عمقاً لمصلحة

١٦٥ . . . . . المجبر وغير ملحق به ضرراً

لا يجوز الإجار إذا لم يكن للمجبر مصلحة فيه ، تطبيقات  
 — ١٦٥ . جزاء الخروج عن ذلك — ١٦٧ :

القيد الثانى : يجب أن يكون استعمال حق التزويج

١٦٨ . . . . . مقصوداً به مصلحة المولى عليه .

تطبيق : نكاح الشغار — ١٦٨ . . . . .

١٧٢ . . . . . ب — عضل الولى

تعريفه — ١٧٢ . من يكون العضل — ١٧٢ . النهى عنه

— ١٧٢ . مدار العضل — ١٧٣ . الجزاء الشرعى للعضل — ١٧٤ .

## الباب الثالث

### في الحقوق المترتبة على عقد الزواج

- ملحة
- ١٧٦ . . . . . مهيد
- تعذر ايراد بيان تفصيل لهذه الحقوق — ١٧٦ . القاعدة العامة
- التي تسود حقوق الزوجية — ١٧٧ . تقسيم — ١٧٨ .
- الفصل الأول :
- ١٧٩ . . . . . في قيام الرجل على زوجته أو السلطة الزوجية
- أولا — في حق التدبير . . . . . ١٧٩
- الفرع الأول : في امساك الزوجة بمنزل الزوجية
- والرقابة عليها . . . . . ١٨٠
- للزوج اختيار المسكن — ١٨٠ . قيود حقه هذا
- ١٨٠ . منع الزوج زوجته من الخروج — ١٨١ .
- قيود حقه في ذلك — ١٨١ . رقابة الزوج على زوجته
- من حيث اتصالها بالغير — ١٨١ . قيود هذا الحق
- ١٨١ . رقابة مراسلات الزوجة — ١٨٢ .
- الفرع الثاني : منعها من القيام بعمل أو مزاولة مهنة
- ١٨٢
- حق الزوج في منع زوجته من العمل — ١٨٢ .
- قيود هذا الحق — ١٨٢ . طلب الزوجة العلم — ١٨٣ .
- الفرع الثالث : في الانتقال بالزوجة
- ١٨٤ . . . . .
- للزوج أن ينتقل بزوجته الى حيث يشاء — ١٨٤ .
- أساس هذا الحق — ١٨٤ . قيوده — ١٨٤ . القيد

مقدمة

- الأول : يجب ألا يكون قصد الزوج من الانتقال  
بزوجه مضارتهما - ١٨٥ . القيد الثاني : ألا يكون  
في الانتقال بالزوجة خوف الضرر عليها - ١٨٥ .  
خلاف ظاهرى بين فقهاء الحنفية في مسألة السفر  
بالزوجة - ١٨٦ . قضاء المحاكم الشرعية - ١٨٧ .
- ثانياً - في حق التأديب . . . . . ١٨٩  
أساس هذا الحق - ١٨٩ . شرطه - ١٨٩ . توسع  
الفقهاء في نطاق حق التأديب - ١٩٠ . . . . .
- المبحث الأول : في قيود حق التأديب . : ١٩٠  
الوجه الأول : أن يكون استعماله متفقاً مع  
الحكمة المقصودة من تشريعه . . . . . ١٩٠
- الوجه الثاني : ألا يترتب على التأديب ضرر  
بالزوجة . . . . . ١٩٢
- المبحث الثاني : في جزاء الخروج عن قيود حق  
التأديب . . . . . ١٩٣

## الفصل الثاني :

- في المباشرة الجنسية . . . . . ١٩٥  
إباحتها بين الزوجين - ١٩٥ . هل هي حق أو واجب ؟  
- ١٩٦ . رأى بأنها حق لكل من الزوجين في مواجهة صاحبه  
- ١٩٦ . رأى بأنها حق للزوج وواجب على الزوجة  
- ١٩٧ . ترجيح هذا رأى الأخير - ١٩٨ . . . . .
- المبحث الأول : فيما يباح عمله تطبيقاً لهذا الحق . ١٩٩

صلة

المبحث الثاني : فيما يتقيد به استعمال هذا الحق . ١٩٩

أولاً - في المظهر الإيجابي لهذا الحق . ٢٠٠

تضرر الزوجة من المباشرة ، منع الزوج  
من استعمال حقه - ٢٠٠ . ضمان الزوج  
لما يحدث عن ذلك من الأضرار - ٢٠١ .

ثانياً - في المظهر السلبي لهذا الحق . ٢٠١

تضرر الزوجة من امتناع الزوج  
عن مباشرتها - ٢٠١ . جواز ذلك :

١ - التطلق للضرر - ٢٠١ . ب - حكم

الايلاء - ٢٠٣ . . . . .

تعزير الزوج للإساءة في هذا الحق - ٢٠٥

بحث في جواز تعويض المرأة عما يصيبها

من ضرر بهجر زوجها إياها - ٢٠٦ .

### الفصل الثالث :

في حق الزوجة في النفقة . ٢٠٨ . . . . .

النفقة حق للزوجة على زوجها - ٢٠٨ . أساس ذلك من

التشريع - ٢٠٩ . ما تشمله النفقة - ٢٠٩ . مراعاة حال

الزوج في تقدير النفقة - ٢١٠ . مظاهر الإساءة تكون فيما

هو من توابع هذا الحق ٢١٢ . . . . .

أولاً - في استيفاء الزوجة نفقتها . ٢١٢ . . . . .

ثانياً - في تصرف الزوجة فيما يرض لها من النفقة . ٢١٥

## الباب الرابع

### في الفرقة بين الزوجين

صفحة	ميد
٢١٧	.....

#### الفصل الأول :

صفحة	ميد
٢٢٠	..... في الخلع
٢٢١	تعريفه وأساسه من التشريع - ٢٢٠ . وجه إباحته - ٢٢١ .
٢٢٢	قيوده - ٢٢٢ . . . . .
٢٢٢	الوجه الأول - يجب أن يكون المقصود من الخلع تحقيق الحكمة التي دعت إلى تشريعه . . . . .
٢٢٢	تطبيقات : طلب الزوجة الاختلاع لغير حاجة مشروعة - ٢٢٢ . الخلع مع الأجنبي - ٢٢٥ . . . . .
٢٢٦	الوجه الثاني - يتقيد حق طرفي الخلع بوجوب عدم ترتب ضرر عليه . . . . .
٢٢٦	تطبيقات : خلع المريضة - ٢٢٦ . خلع المحجور عليها للقلس - ٢٢٧ . صيانة حق الولد - ٢٢٨ . . . . .

#### الفصل الثاني :

صفحة	ميد
٢٢٩	..... في الطلاق
٢٢٩	أساسه من التشريع - ٢٢٩ . وجه مشروعيته - ٢٢٩ . هل الأصل في الطلاق الخطر أم الإباحة ؟ - ٢٢٩ . الفرقة بين إيقاع الطلاق ووقوعه - ٢٣٠ . . . . .

صفحة

- الفرع الأول — فيما يتقيد به حق إيقاع الطلاق . . . ٢٣١
- يتقيد حق الزوج في إيقاع الطلاق بما تتقيد به الحقوق عموماً
- ٢٣١ . طلاق السنة وطلاق البذعة — ٢٣١ . . .
- أولاً — يتقيد استعمال الزوج لحق إيقاع الطلاق بوجوب
- ٢٣٢ . . . مطابقتها للحكمة التي دعت إلى تشريعه . . .
- تطبيقات : الطلاق لغیر حاجة مشروعة — ٢٣٢ .
- الطلاق الذي يقع في طهر عقب جماع — ٢٣٢ . الطلاق
- في مرض الموت — ٢٣٣ . . . . .
- ثانياً — يتقيد استعمال الزوج لحق إيقاع الطلاق بوجوب
- ٢٣٤ . أن يكون بحيث لا يترتب عليه ضرر بالزوجة . . .
- بيان المقصود بالضرر في هذه الحالة — ٢٣٤ . التطلق
- ثلاثاً بلفظ واحد أو بالفاظ متتابعة في طهر واحد
- ٢٣٤ . الطلاق في أثناء الحيض — ٢٣٥ . . .
- في الأثر المترتب على تجاوز حدود حق إيقاع الطلاق . . . ٢٣٦
- اختلاف الفقهاء — ٢٣٦ . الرأي الأول : الاقتصاد على الحرمة
- الدينية — ٢٣٧ . الرأي الثاني : عدم وقوع الطلاق — ٢٣٧ .
- الرأي الثالث : التوسط بين الرأيين السابقين — ٢٣٨ . . .
- الفرع الثاني — في الأثر المترتب على إيقاع الطلاق . . . ٢٣٩
- في المتعة . . . . . ٢٤٠
- تعريضها وأساسها من التشريع — ٢٤٠ . اختلاف الفقهاء
- في تأويل الآيات القرآنية الخاصة بالمتعة — ٢٤٠ . رأينا
- الخاص — ٢٤٥ . المتعة على هذا الرأي تعتبر تعويضاً عما
- يلحق للمرأة من ضرر بسبب الطلاق — ٢٤٥ . الضرر



- الذى اقترض الفقهاء جبره بالمتعة أدبى محض — ٢٤٦ .  
 جواز تعويض الضرر المادى — ٢٤٦ . تقدير المتعة  
 — ٢٤٦ . . . . .  
 الفرع الثالث — الطلاق والقضاء المصرى الحديث . ٢٤٧  
 المطالبة بتعويض عن ايقاع الطلاق — ٢٤٧ . ماعدا ذلك من  
 المنازعات من اختصاص القضاء الشرعى — ٢٤٧ . . .  
 أولا — فى القضاء المختلط . . . . . ٢٤٨  
 قلة عرض الموضوع على المحاكم — ٢٤٨ . ايقاع الطلاق  
 حق مطلق للزوج يستعمله كيف يشاء — ٢٤٨ . . .  
 ثانيا — فى القضاء الأهلى . . . . . ٢٤٨  
 عدم استقرار هذا القضاء — ٢٤٨ . المحاكم الابتدائية تتجه  
 اتجاهها بخالف رأى محكمة الاستئناف — ٢٤٩ . قضاء  
 المحاكم الابتدائية ، التعويض على أساس اساءة استعمال  
 حق ايقاع الطلاق — ٢٤٩ . رأى محكمة الاستئناف فى  
 للطلاق ، حق مطلق للزوج — ٢٥٠ . نقد قضاء محكمة  
 الاستئناف المختلطة والأهلية — ٢٥٠ . . . . .

## الباب الخامس

### فى جزاء الاساءة فى استعمال الحق

- ١ — فى القانون الحديث . . . . . ٢٥٤  
 ١ — الجزاء المالى . . . . . ٢٥٤  
 ٢ — الجزاء العينى . . . . . ٢٥٥  
 ٢ — فى الشريعة الإسلامية . . . . . ٢٥٦

٢٥٧	١ - الجزاء المالى . . . . .
	تعويض الضرر المادى - ٢٥٧ . تعويض الضرر الادبى - ٢٥٧ .
٢٥٨	٢ - الجزاء العينى . . . . .
٢٦٠	٣ - الجزاء الدينى . . . . .
٢٦٠	٤ - التعزير . . . . .
٢٦١	٣ - فى جزاء الاساءة فى استعمال حقوق الزوجية . . . . .
٢٦٢	١ - الجزاء المالى . . . . .
٢٦٣	٢ - الجزاء العينى . . . . .
٢٦٣	٣ - التعزير . . . . .
٢٦٥	خاتمة . . . . .
٢٦٩	بيان المراجع . . . . .

تلييه

وتحت بعض أسطوانات الأبناء لطيفة لا تكفى على الظاري، وفيها تلي نبات أهمها والنباتات له

صفحة	سطر	خط	صواب	صفحة	سطر	خط	صواب
١٥٥	١	١	زور فكم، وابام	١٧٧	٥	١	بالهامش
١٥٦	١	١	مارو خ ٢	١٧٨	١	١	بالهامش
١٥٧	١	١	نحوها	١٧٨	٣	١	بالهامش
١٥٨	١	١	نظيرها	١٧٨	١	١	بالهامش
١٥٩	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٦٠	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٦١	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٦٢	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٦٣	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٦٤	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٦٥	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٦٦	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٦٧	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٦٨	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٦٩	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٧٠	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٧١	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٧٢	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٧٣	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٧٤	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٧٥	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٧٦	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٧٧	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٧٨	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٧٩	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٨٠	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٨١	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٨٢	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٨٣	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٨٤	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٨٥	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٨٦	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٨٧	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٨٨	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٨٩	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٩٠	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٩١	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٩٢	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٩٣	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٩٤	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٩٥	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٩٦	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٩٧	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٩٨	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
١٩٩	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش
٢٠٠	١	١	التي	١٧٨	١	١	بالهامش





Bibliotheca Alexandrina



0245851